Delitos contra la Administración Pública

EDITORIAL IUSTITIA

Ramiro Salinas Siccha
Doctor en derecho y ciencia política

Delitos contra la Administración Pública

6.ª edición

IUSTITIA

Primera edición: enero 2009
[...]
Sexta edición: julio de 2023

© 2023, Delitos contra la administración pública

© 2023, Ramiro Salinas Siccha

© 2023, Editorial Iustitia S. A. C.

Jr. Azángaro 1077, Lima - Perú
Tlfs.: 321-0258 · 427-1881
mentejuridica@hotmail.com
www.grijley.com

Composición e impresión
Editora Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima - Perú
Tlfs.: 337-5252 · 666-0714
elay_grijley@hotmail.com

Diseño y diagramación
Libia Huamali Sánchez

Tiraje: 1 000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca
Nacional del Perú N.° 2023-04549
Registro del Proyecto Editorial: 31501012300260
ISBN: 978-612-4362-45-3

Derechos Reservados: Decreto Legislativo N.° 822
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total
o parcialmente, sin permiso expreso de la Editorial.

A Camilo y Carmela, mis padres, a quienes les debo los buenos principios y virtudes morales que guían mi vida personal y profesional.

ÍNDICE

Prólogo a la sexta edición xli
Prólogo a la quinta edición li
Prólogo a la cuarta edición lvii
Prólogo a la tercera edición lxiii

PARTE I

CUESTIONES GENERALES

1. Administración pública 3
2. La administración pública como bien jurídico genérico 6
3. Sujeto activo calificado 8
   3.1. Concepto de funcionario y servidor público 14
4. Autores y partícipes en los delitos contra la administración pública 17
5. Los delitos de infracción de deber 24
   5.1. La teoría de infracción de deber 24
   5.2. Los delitos especiales de garantes 33
   5.3. Los delitos de infracción de deber por competencia institucional 39
   5.4. Teoría de la unidad o ruptura del título de imputación 47
   5.5. El artículo 25 CP modificado por el Decreto Legislativo N.° 1351 61

5.6. No es admisible la coautoría 66
5.7. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber 72
5.8. Complicidad única 75
5.9. La dúplica de la prescripción 80
5.10. Pena efectiva para algunos delitos funcionariales 83

PARTE II

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

§ 1
USURPACIÓN DE FUNCIONES O DE MANDO MILITAR

1. Tipo penal 99
2. Tipicidad objetiva 99
2.1. El que sin título usurpa una función pública 101
2.2. El que sin nombramiento usurpa una función pública 103
2.3. El que sin título usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales 103
2.4. El que sin nombramiento usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales 104
2.5. Continuar ejerciendo el cargo público pese a haber cesado 104
2.6. Continuar ejerciendo el cargo público del cual ha cesado 105
2.7. Continuar ejerciendo un cargo público del cual está suspendido 106
2.8. Continuar ejerciendo un cargo público del cual ha sido subrogado 106
2.9. Ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que le corresponde 107
2.10. Agravantes 111
2.10.1. El agente presta resistencia a las fuerzas del orden 111

2.10.2. El sujeto activo se enfrenta a las fuerzas del orden 111
2.11. Bien jurídico protegido 112
2.12. Sujeto activo 112
2.13. Sujeto pasivo 113
3. Tipicidad subjetiva 113
4. Antijuridicidad 113
5. Culpabilidad 114
5.1. Error de prohibición 114
6. Consumación 115
7. Tentativa 116
8. Penalidad 117

§ 2
OSTENTACIÓN INDEBIDA DE DISTINTIVOS DE FUNCIÓN PÚBLICA, GRADO ACADÉMICO, TÍTULO PROFESIONAL U HONORES

1. Tipo penal 119
2. Tipicidad objetiva 119
2.1. Públicamente, ostenta insignias de una función pública que no ejerce 120
2.2. Públicamente, ostenta distintivos de una función pública que no ejerce 120
2.3. Públicamente, se arroga un grado académico que no le corresponde 121
2.4. Públicamente, se arroga un título profesional que no le corresponde 122
2.5. Públicamente, se arroga honores que no le corresponde 122
2.6. Bien jurídico protegido 123
2.7. Sujeto activo 124
2.8. Sujeto pasivo 124
3. Tipicidad subjetiva 124

4. Antijuridicidad 124
5. Culpabilidad 125
6. Consumación 125
7. Tentativa 126
8. Penalidad 126

§ 3
EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

1. Tipo penal 127
2. Tipicidad objetiva 127
   2.1. Ejercicio de profesión sin reunir requisitos legales 128
   2.2. Ejercer profesión con falso título 129
   2.3. Agravante 130
   2.4. Bien jurídico protegido 130
   2.5. Sujeto activo 131
   2.6. Sujeto pásivo 131
3. Tipicidad subjetiva 131
4. Antijuridicidad 132
5. Culpabilidad 132
6. Consumación 133
7. Tentativa 133
8. Penalidad 133

§4
AMPARAR EL TRABAJO PROFESIONAL DE QUIEN NO TIENE TÍTULO

1. Tipo penal 135
2. Tipicidad objetiva 135
   2.1. Bien jurídico protegido 136
   2.2. Sujeto activo 137
   2.3. Sujeto pasivo 137

3. Tipicidad subjetiva 137
4. Antijuridicidad 137
5. Culpabilidad 137
6. Consumación 138
7. Tentativa 138
8. Penalidad 138

§ 5
VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. Cuestión previa 139

§ 6
ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 141
2. Tipicidad objetiva 141
2.1. Violencia 142
2.2. Amenaza 143
2.3. La violencia o la amenaza debe ser usada sin alzamiento público ... 144
2.4. Modalidades de comisión 144
2.4.1. Impedir 145
2.4.2. Obligar 145
2.4.3. Estorbar 146
2.5. Bien jurídico protegido 147
2.6. Sujeto activo 147
2.7. Sujeto pasivo 147
3. Tipicidad subjetiva 148
4. Antijuridicidad 148
5. Consumación 149
6. Tentativa 149
7. Penalidad 149

§ 7
VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 151
2. Tipicidad objetiva 152
2.1. Violencia 152
2.2. Intimidación 153
2.3. Medios comisivos 153
2.3.1. Impedir 154
2.3.2. Trabar 155
2.4. Bien jurídico protegido 155
2.5. Sujeto activo 155
2.6. Sujeto pasivo 156
3. Tipicidad subjetiva 156
4. Antijuridicidad 158
5. Culpabilidad 158
6. Consumación 158
7. Tentativa 159
8. Penalidad 159

§ 8
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LOS DELITOS DE ATENTADO Y VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 161
2. Análisis de las agravantes 162
2.1. El hecho se realiza por dos o más personas 162
2.2. El autor es funcionario o servidor público 163
2.3. El hecho se comete a mano armada 164
2.4. El autor causa una lesión grave que haya podido prever 165

2.5. Se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado 167

2.6. El sujeto pasivo es 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 168

2.7. Se realiza para impedir la erradicación o destrucción de materia prima para la fabricación o transporte ilegal de drogas 169

2.8. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento de delitos graves 170

3. Penalidad de las agravantes 170

§ 9
DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 173

2. Tipicidad objetiva 173

2.1. Orden impartida 174

2.2. La conducta de desobedecer 174

2.3. Modalidad de resistir 175

2.4. Excusa absolutoria: resistencia o desobediencia a la propia detención 176

2.5. Bien jurídico protegido 178

2.6. Sujeto activo 179

2.7. Sujeto pasivo 179

3. Tipicidad subjetiva 179

4. Antijuridicidad 181

5. Culpabilidad 181

6. Consumación y tentativa 181

7. Penalidad 183

§ 10
INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Tipo penal 185
2. Comentario 186
3. Penalidad 188

§ 11
INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. Tipo penal 189
2. Comentario 190
3. Penalidad 192

§ 12
SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Tipo penal 193
2. Comentario 194
3. Penalidad 196

§ 13
POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES O ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Tipo penal 197
2. Comentario 198
3. Penalidad 200

§ 14
INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Tipo penal 210
2. Comentario 202
3. Penalidad 203

§ 15
VIOLACIÓN DE FUEROS DE AUTORIDAD

1. Tipo penal 205
2. Tipicidad objetiva 205
   2.1. Impedir 206
   2.2. Agravante 207
   2.3. Bien jurídico protegido 207
   2.4. Sujeto activo 208
   2.5. Sujeto pasivo 208
3. Tipicidad subjetiva 208
4. Tentativa y consumación 208
5. Penalidad 209

§ 16
VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS OFICIALES

1. Tipo penal 211
2. Tipicidad objetiva 211
   2.1. Destruir envolturas, sellos o marcas colocados por la autoridad para conservar o identificar un objeto 212
   2.2. Arrancar envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto 212

2.3. Distintivos oficiales 212
2.4. Bien jurídico protegido 213
2.5. Sujeto activo 214
2.6. Sujeto pasivo 214
3. Tipicidad subjetiva 214
4. Tentativa y consumación 214
5. Penalidad 215

§ 17
INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PROCESALES

1. Tipo penal 217
2. Tipicidad objetiva 217
2.1. Bien jurídico protegido 218
2.2. Sujeto activo 219
2.3. Sujeto pasivo 219
3. Tipicidad subjetiva 219
4. Tentativa y consumación 220
5. Penalidad 220

§ 18
VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

1. Tipo penal 221
2. Tipicidad objetiva 221
2.1. Supuestos típicos 222
2.2. Objeto de la acción 223
2.3. Preexistencia de proceso 224
2.4. Custodia oficial 225
2.5. Bien jurídico protegido 225
2.6. Sujeto activo 225
2.7. Sujeto pasivo 226

3. Tipicidad subjetiva 226
4. Tentativa y consumación 227
5. Penalidad 227

§ 19
SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 229
2. Tipicidad objetiva 229
2.1. Acción de sustracción 229
2.2. Objetos requisados por la autoridad 230
2.3. Custodia oficial 231
2.4. Bien jurídico protegido 231
2.5. Sujeto activo 231
2.6. Sujeto pasivo 232
3. Tipicidad subjetiva 232
4. Tentativa y consumación 232
5. Penalidad 233

§ 20
PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN RECINTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. Tipo penal 235
2. Tipicidad objetiva 235
2.1. Bien jurídico protegido 238
2.2. Sujeto activo 238
2.3. Sujeto pasivo 238
3. Tipicidad subjetiva 239
4. Tentativa y consumación 239
5. Penalidad 240

PARTE III

DELITOS COMETIDOS POR SUJETOS PÚBLICOS

§ 1
ABUSO DE AUTORIDAD

1. Tipo penal 243
2. Tipicidad objetiva 243
   - 2.1. Modalidades típicas 245
   - 2.2. Abuso de atribuciones 246
   - 2.3. Acto arbitrario 247
   - 2.4. Perjuicio a alguien 248
   - 2.5. Agravante 249
   - 2.6. Bien jurídico protegido 251
   - 2.7. Sujeto activo 251
   - 2.8. Sujeto pasivo 253
3. Tipicidad subjetiva 253
4. Antijuridicidad 254
5. Culpabilidad 255
6. Consumación y tentativa 256
7. Penalidad 256

§ 2
ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

1. Tipo penal 257
2. Tipicidad objetiva 258
   - 2.1. Bien jurídico protegido 260
   - 2.2. Sujeto activo 261
   - 2.3. Sujeto pasivo 261

3. Tipicidad subjetiva 262
4. Consumación y tentativa 262
5. Penalidad 263

§ 3
INCUMPLIMIENTO DE DEBERES

1. Tipo penal 265
2. Tipicidad objetiva 265
2.1. Modalidades delictivas 266
2.1.1. Omitir algún acto de su cargo 266
2.1.2. Rehusar algún acto de su cargo 267
2.1.3. Retardar algún acto de su cargo 268
2.2. Agravantes 269
2.3. Bien jurídico protegido 270
2.4. Sujeto activo 270
2.5. Sujeto pasivo 271
3. Tipicidad subjetiva 271
4. Consumación y tentativa 272
5. Penalidad 272

§ 4
OMISIÓN DE AUXILIO POLICIAL

1. Tipo penal 273
2. Tipicidad objetiva 273
2.1. Omitir auxilio requerido 274
2.2. Rehusarse a prestar auxilio requerido 274
2.3. Retardar el auxilio requerido 274
2.4. Sin causa de justificación y legalidad de requerimiento 275
2.5. Agravante 277
2.6. Bien jurídico protegido 278

2.7. Sujeto activo 278
2.8. Sujeto pasivo 279
3. Tipicidad subjetiva 280
4. Consumación y tentativa 280
5. Penalidad 281

§ 5
REQUERIMIENTO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

1. Tipo penal 283
2. Tipicidad objetiva 283
2.1. Bien jurídico protegido 285
2.2. Sujeto activo 285
2.3. Sujeto pasivo 285
3. Tipicidad subjetiva 285
4. Consumación y tentativa 286
5. Penalidad 286

§ 6
ABANDONO ILEGAL DEL CARGO

1. Tipo penal 287
2. Tipicidad objetiva 287
2.1. Abandono de cargo 288
2.2. No haber cesado legalmente 288
2.3. Causar daño al servicio 289
2.4. Agravante 290
2.5. Bien jurídico protegido 291
2.6. Sujeto activo 292
2.7. Sujeto pasivo 292
3. Tipicidad subjetiva 292

4. Consumación y tentativa 293
5. Penalidad 294

§ 7
NOMBRAMIENTO O DESIGNACIÓN ILEGAL DE SUJETO PÚBLICO

1. Tipo penal 295
2. Tipicidad objetiva 295
2.1. Aceptar cargo público sin contar con los requisitos legales 300
2.2. Bien jurídico protegido 301
2.3. Sujeto activo 302
2.4. Sujeto pasivo 302
3. Tipicidad subjetiva 302
4. Consumación y tentativa 303
5. Penalidad 304

§ 8
EL DELITO DE CONCUSIÓN

1. Tipo penal 305
2. Tipicidad objetiva 305
2.1. La modalidad por obligar 306
2.2. Modalidad por inducir 308
2.3. Abuso de cargo 309
2.4. Dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial 310
2.5. Destinatario del bien o beneficio recibido 311
2.6. Bien jurídico protegido 312
2.7. Sujeto activo 312
2.8. Sujeto pasivo 313
3. Tipicidad subjetiva 313

4. Antijuridicidad 314
5. Culpabilidad 314
6. Consumación y tentativa 315
7. Penalidad 315

§9
EXACCIÓN ILEGAL

1. Tipo penal 317
2. Tipicidad objetiva 317
2.1. Abuso de cargo 322
2.2. Contribuciones o emolumentos 323
2.3. Cantidad que excede a la tarifa legal 324
2.4. Bien jurídico protegido 324
2.5. Sujeto activo 324
2.6. Sujeto pasivo 325
3. Tipicidad subjetiva 325
4. Antijuridicidad 325
5. Culpabilidad 326
6. Consumación 327
7. Penalidad 328
8. Más precedentes jurisprudenciales 328

§ 10
COLUSIÓN

1. Tipo penal 331
2. Tipicidad objetiva 334
2.1. Defraudar de la colusión simple 336
2.2. Defraudar de la colusión agravada 337
2.3. Por razón del cargo 339
2.4. Concertar con los interesados 340

2.5. Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado 344

2.6. Circunstancias agravantes de la colusión agravada 348

2.6.1. El autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella 349

2.6.2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 10 UIT 350

2.6.3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional .. 352

2.7. Bien jurídico protegido 353

2.8. Sujeto activo-autoría 362

2.9. Los interesados como cómplices 366

2.10. Sujeto pasivo 371

3. Tipicidad subjetiva 372

4. Antijuridicidad 374

5. Consumación 375

6. Tentativa 378

7. Penalidad 378

8. Más precedentes jurisprudenciales de colusión emitidos antes de la Ley N.° 29758 379

9. Precedente vinculante 382

§ 11
PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PARTICULARES

1. Tipo penal 403

2. Tipicidad objetiva 403

2.1. Bien jurídico protegido 409
2.2. Sujeto activo 409
2.3. Sujeto pasivo 409
3. Tipicidad subjetiva 410
4. Consumación y tentativa 410
5. Penalidad 410

§ 12
EXTENSIÓN DE LA PUNIBILIDAD A PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES, TUTORES, CURADORES Y ALBACEAS

1. Tipo penal 411
2. Tipicidad objetiva 411
2.1. Colusión 412
2.2. Patrocinio ilegal 412
2.3. Sujeto activo 414
3. Penalidad 414

§ 13
PECULADO

1. Cuestión previa 415
2. Tipo penal 416
3. Tipicidad objetiva 418
3.1. Modalidades del delito de peculado doloso 418
3.1.1. Peculado por apropiación 419
3.1.2. Peculado por utilización 420
3.2. Perjuicio patrimonial 422
3.2.1. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial? 425
3.3. Destinatarios de la apropiación 428
3.4. Relación funcional 429

3.5. Relación funcional de hecho 432
3.6. Caudales o efectos 435
3.7. Percibir, administrar y custodiar 437
3.8. ¿El gasto, sin que luego se rinda cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado? 439
3.9. Agravantes del peculado doloso 448
3.9.1 El autor del peculado actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella 449
3.9.2 Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo 450
3.9.3 El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional 452
3.9.4 El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT 453
3.10. Bien jurídico protegido 454
3.11. Sujeto activo-autoría 458
3.11.1. Participación 462
3.12. Sujeto pasivo 465
4. Tipicidad subjetiva 466
5. Antijuridicidad 469
6. Culpabilidad 470
7. Consumación 470
8. Tentativa 472
9. Peculado culposo 472
10. Penalidad 477
11. Precedentes vinculantes 477
11.1. Acuerdo plenario 478
11.2. Ejecutoria vinculante 483

§ 14
PECULADO DE USO

1. Tipo penal 487
2. Tipicidad objetiva 488
2.1. Usar o permitir usar 488
2.2. Bienes muebles del Estado 490
2.3. Fines particulares o privados 490
2.4. Relación funcional 491
2.5. Magnitud del perjuicio patrimonial 492
2.6. Bien jurídico protegido 494
2.7. Sujeto activo 495
2.8. Sujeto pasivo 496
3. Tipicidad subjetiva 496
4. Antijuridicidad 497
5. Culpabilidad 498
6. Consumación y tentativa 498
7. Penalidad 499
8. Causal de atipicidad de peculado de uso 499

§ 15
MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

1. Tipo penal 505
2. Tipicidad objetiva 506
2.1. Dineros o bienes del Estado 506
2.2. Relación funcional 507
2.3. Función de administrar 508
2.4. Dar destino definitivo diferente al establecido 509
2.5. Afectación al servicio o función pública encomendada 511
2.6. Circunstancias agravantes de malversación de fondos 515

2.6.1. El autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella 515

2.6.2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 10 UIT 516

2.6.3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.. 519

2.7. Bien jurídico protegido 519

2.8. Sujeto activo 521

2.9. Sujeto pasivo 522

3. Tipicidad subjetiva 523

4. Antijuridicidad 523

5. Culpabilidad 524

6. Consumación y tentativa 525

7. Diferencia entre peculado y malversación de fondos públicos 525

8. Penalidad 526

§ 16
DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGOS

1. Tipo penal 529

2. Tipicidad objetiva 529

2.1. Fondos expeditos 530

2.2. Demora en el actuar del agente 531

2.3. Conducta injustificada 531

2.4. Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente 531

2.5. Bien jurídico protegido 532

2.6. Sujeto activo 532

2.7. Sujeto pasivo 533

3. Tipicidad subjetiva 533
4. Consumación y tentativa 533
5. Penalidad 534

§ 17
REHUSAMIENTO A ENTREGAR BIENES A LA AUTORIDAD

1. Tipo penal 535
2. Tipicidad objetiva 536
2.1. Conducta de rehusar a entregar 536
2.2. Objeto del delito: dinero, cosas o efectos 537
2.3. Relación funcional entre el agente y el objeto del delito 538
2.4. Existencia de depósito, custodia o administración 538
2.5. Autoridad competente 539
2.6. Requerimientos con formalidades de ley 539
2.7. Bien jurídico protegido 540
2.8. Sujeto activo 540
2.9. Sujeto pasivo 541
3. Tipicidad subjetiva 541
4. Consumación y tentativa 541
5. Penalidad 542
6. Ejecutoria suprema vinculante 542

§ 18
PECULADO POR EXTENSIÓN

1. Tipo penal 547
2. Hermenéutica jurídica 547
2.1. Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares 554
2.2. Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares 555

2.3. Persona o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social 560

3. Precedente vinculante 562

§ 19
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

1. Cuestión previa 569

§ 20
COHECHO PASIVO PROPIO

1. Tipo penal 573

2. Tipicidad objetiva 574

2.1. Comportamientos delictivos 574

2.1.1. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones 576

2.1.2. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones 578

2.1.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales 579

2.1.4. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones 580

2.1.5. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones 582

2.1.6. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones 583

2.1.7. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja 584

2.1.8. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja 584

2.2. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 585

2.3. Bien jurídico protegido 587

2.4. Sujeto activo 588

2.5. Sujeto pasivo 589

3. Tipicidad subjetiva 590

4. Consumación y tentativa 591

4.1. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 591

4.2. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 592

4.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales 592

4.4. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 593

4.5. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 593

4.6. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones 594

4.7. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja 594

4.8. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja 594

5. Penalidad 595

6. Precedente vinculante 596

§ 21
SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

1. Tipo penal 601
2. Tipicidad objetiva 603
2.1. Comportamientos delictivos 604
2.1.1. El agente extranjero acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 605
2.1.2. El agente extranjero acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 606
2.1.3. El agente extranjero acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales 607
2.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción 607
2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 609
2.4. Finalidad del soborno: obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida 610
2.5. Bien jurídico protegido 610
2.6. Sujeto activo 610
2.7. Sujeto pasivo 612
3. Tipicidad subjetiva 612
4. Penalidad 612

§ 22
COHECHO PASIVO IMPROPIO

1. Tipo penal 613
2. Tipicidad objetiva 614
2.1. Conductas punibles 614
2.1.1. Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional 614

2.1.2. Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional 615

2.1.3. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional ... 616

2.1.4. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional 617

2.1.5. Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional 617

2.1.6. Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal 619

2.2. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 621

2.3. Bien jurídico protegido 623

2.4. Sujeto activo 624

2.5. Sujeto pasivo 626

3. Tipicidad subjetiva 626

4. Consumación y tentativa 627

5. Penalidad 629

§ 23
COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

1. Tipo penal 631

2. Tipicidad objetiva 632

2.1. Comportamientos delictivos 635

2.1.1. Cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio 635

2.1.2. Cuando el agente recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio 636
2.1.3. Cuando el agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio ... 637
2.2. Concurso real con otras figuras de cohecho 640
2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 642
2.4. Bien jurídico protegido 644
2.5. Sujeto activo 645
2.6. Sujeto pasivo 649
3. Tipicidad subjetiva 649
4. Consumación y tentativa 650
5. Penalidad 652

§ 24
CORRUPCIÓN PASIVA PROPIA E IMPROPIA DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL

1. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial 654
2. Hermenéutica jurídica 655
3. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial 658

§ 25
CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

1. Tipo penal 663
2. Hermenéutica jurídica 664
2.1. Sujeto activo 667
3. Penalidad 669

§ 26
COHECHO ACTIVO GENÉRICO

1. Tipo penal 671

2. Tipicidad objetiva 672
2.1. Comportamientos delictivos 674
2.1.1. El agente ofrece al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 674
2.1.2. El agente ofrece al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 675
2.1.3. El agente entrega al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 676
2.1.4. El agente entrega al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 677
2.1.5. El agente promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 678
2.1.6. El agente promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 678
2.1.7. El agente ofrece, da o promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omita un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación 679
2.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción 680
2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 680
2.4. Bien jurídico protegido 682
2.5. Sujeto activo 682
2.6. Sujeto pasivo 683
3. Tipicidad subjetiva 683
4. Consumación y tentativa 683
5. Penalidad 685

§ 27
SOBORNO ACTIVO INTERNACIONAL

1. Tipo penal 687
2. Tipicidad objetiva 688
2.1. Comportamientos delictivos 690
2.1.1. El agente ofrece al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 690
2.1.2. El agente ofrece al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 691
2.1.3. El agente otorga al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 691
2.1.4. El agente entrega al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 692
2.1.5. El agente promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones 693
2.1.6. El agente promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones 693
2.1.7. El agente ofrece, otorga o promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para que realice u omita un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación funcional 693
2.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción 694
2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa cualquier otra ventaja o beneficio 695
2.4. Finalidad del soborno: obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida 696
2.5. Bien jurídico protegido 697
2.6. Sujeto activo 697

2.7. Sujeto pasivo 697
3. Tipicidad subjetiva 698
4. Penalidad 698

§ 28
COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

1. Tipo penal 699
2. Tipicidad objetiva 700
2.1. Cohecho activo de sujetos especiales 701
2.2. Cohecho activo de auxiliares 703
2.3. Cohecho activo de abogado 704
2.4. Bien jurídico protegido 706
2.5. Sujeto activo 707
2.6. Sujeto pasivo 707
3. Tipicidad subjetiva 707
4. Penalidad 707

§ 29
COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

1. Tipo penal 709
2. Hermenéutica jurídica 720
3. Penalidad 712

§ 30
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

1. Tipo penal 716
2. Tipicidad objetiva 716
2.1. Interesar 717
2.2. Interesarse de manera directa 720

2.3. Interesarse de manera indirecta 721
2.4. Interesarse mediante actos simulados 722
2.5. Provecho propio o de tercero 723
2.6. Cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible 724
2.7. Relación funcional 725
2.8. Bien jurídico protegido 728
2.9. Sujeto activo-autoría 731
2.10. Sujeto pasivo 733
3. Tipicidad subjetiva 733
4. Consumación y tentativa 734
5. Penalidad 737

§ 31
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. Tipo penal 739
2. Tipicidad objetiva 742
2.1. Invocar o tener influencias reales o simuladas 746
2.1.1. Invocar o tener influencias reales 747
2.1.2. Invocar influencias simuladas 747
2.1.3. Análisis de la Casación N.° 374-2015-Lima 750
2.2. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero 759
2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio 760
2.4. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público 762
2.5. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo 763
2.6. Agravante 765
2.7. Bien jurídico protegido 766
2.8. Sujeto activo 771
2.8.1. Título de imputación del tercero interesado 771

2.9. Sujeto pasivo 778
3. Tipicidad subjetiva 780
4. Consumación y tentativa 781
5. Penalidad 783

§ 32
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. Tipo penal 785
2. Tipicidad objetiva 789
2.1. Abuso de cargo público 793
2.2. Incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos 797
2.3. Incremento ilícito del gasto económico personal 798
2.4. Bien jurídico protegido 799
2.5. Sujeto activo 800
2.6. Sujeto pasivo 806
2.7. Agravante por la calidad del agente 806
3. Tipicidad subjetiva 807
4. Consumación y tentativa 807
5. Penalidad 810

§ 33
LA PENA DE INHABILITACIÓN

1. La pena de inhabilitación 812
2. Clases de inhabilitación 816
2.1. La inhabilitación como pena principal 816
2.2. La inhabilitación como pena accesoria 817
2.3. Inhabilitación temporal 819
2.4. Inhabilitación perpetua 819

Bibliografía 821

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN

La sexta edición del libro dedicado a los delitos contra la administración pública aparece luego de que la humanidad ha pasado la terrible pandemia generada por la COVID-19, que millones de vidas valiosas ha costado. El mundo ya no es el mismo. La misma humanidad ya no es la misma. Después del aislamiento generado por la pandemia, y las muertes de millones de seres humanos que se han producido, nosotros, los seres humanos, somos más conscientes de nuestras debilidades y fragilidades frente a los embates de la naturaleza.

Al igual que las ediciones anteriores, se persigue un doble objetivo, que es necesario remarcar. Por una parte, la actualización del texto. Para tal efecto, se ha consultado, citado y comentado las últimas modificaciones al Código Penal y —lo que considero más importante— los más recientes precedentes jurisprudenciales emitidos por las salas penales de la Corte Suprema. Es obvio que el derecho penal aplicado en un país es lo que la máxima instancia de la justicia penal ordinaria señala o interpreta. En este caso, el derecho penal sobre los delitos contra la administración pública es lo que las salas penales de la Corte Suprema de la República interpretan y aplican en la solución de los casos judiciales reales. Los jueces penales no hacemos derecho penal con base en ejemplos de laboratorio, sino sobre la base de hechos que han ocurrido en la cruda y cruel realidad, hechos que necesitan con urgencia ser calificados jurídicamente, juzgados y, de ser el caso, sancionados.

Por otra parte, también se persigue el objetivo de replantear y ampliar algunos conceptos dogmáticos sobre los delitos que son objeto de la hermenéutica jurídica, cuya explicación razonable la encontramos en los cambios legislativos que se han producido al maltratado Código Penal de 1991, así como en los replanteamientos jurisprudenciales que se han producido a consecuencia de los cambios legislativos ocurridos. Con esa finalidad, se consultaron las fuentes bibliográficas de las últimas publicaciones respecto de los delitos que ponen en peligro o lesionan el normal y el transparente funcionamiento de la administración pública, que no es otra cosa que el Estado mismo. El estado de la cuestión es que, actualmente, resulta obvio que los delitos contra la administración pública más graves atacan directamente los derechos humanos de todos y, con mayor fuerza descarnada y escalofriante, de los más vulnerables, es decir, de los ciudadanos que viven en pobreza y muchos otros en extrema pobreza económica y social. Cuando se materializa un acto de corrupción, como colusión o peculado, por ejemplo, los más necesitados se quedan sin el servicio o la obra pública presupuestada por el Estado. Cuando los sujetos públicos se apropian del fondo público, a los más vulnerables se les niega descaradamente el servicio o la obra pública programada.

La mujer y el hombre de leyes saben y son conscientes de que el derecho cambia constantemente, por tanto, no debe sorprender que haya replanteamientos dogmáticos y jurisprudenciales respecto de los hechos punibles. El derecho no es estático como pretenden sostener algunos. El derecho es cambiante. En nuestro sistema jurídico europeo continental o *civil law*, que se sustenta en la ley, resulta natural que si, por voluntad del legislador, la ley cambia, se modifiquen de inmediato la teoría dogmática y los precedentes jurisprudenciales. No hay otra forma de entender el derecho en nuestro sistema jurídico, y esto no es ajeno al sistema jurídico del *common law* que se sustenta en los precedentes jurisprudenciales. Si por voluntad de los jueces se cambia un precedente sobre determinado hecho criminal, es natural que luego cambien la teoría dogmática y los futuros precedentes jurisprudenciales sobre aquel parecido hecho criminal.

En consecuencia, en el derecho los cambios son —diría yo— normales y naturales. El jurista está o debe estar habituado a los cambios internos del sistema jurídico. Pero, claro, debemos esperar, aportar y promover cambios positivos para, en este caso, un mejor funcionamiento del derecho penal de un Estado democrático de derecho constitucional. Los cambios siempre deben estar orientados a mejorar la legislación, la jurisprudencia y la dogmática sobre los delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos. Es natural que un Estado democrático de derecho constitucional se defienda de sus funcionarios y servidores que son o se muestran desleales con él.

La breve explicación se debe a que, desde la primera edición de este libro, mucha agua ha pasado bajo el puente. Se ha modificado el Código Penal en reiteradas oportunidades respecto a los más importantes delitos contra la administración pública con la finalidad primordial de ponerlo en sintonía con el marco jurídico impuesto por los tratados internacionales sobre la corrupción. En consecuencia, es natural que se replantearan muchos conceptos jurídicos, así como muchos precedentes jurisprudenciales en las ediciones sucesivas. Es posible que lo que se expresa en esta edición sobre el delito de peculado o colusión, por ejemplo, sea diferente o hasta contrario a lo que se expresó en alguna edición anterior. Es más, nada garantiza que lo que en esta edición se argumente razonablemente se vuelva a sostener en una edición futura. La razón es simple: nadie puede ser pitonisa o pitoniso para saber si en el futuro el legislador volverá a modificar el Código Penal o, quien sabe, aprobar y promulgar un nuevo Código Penal, que —dicho sea de paso— ya es necesario hacer, pues el de 1991 ha sido modificado en reiteradas oportunidades, tanto que ni el más inteligente entendido en derecho penal puede saber qué sistema penal lo fundamenta actualmente.

Muchos me habrán escuchado decir en mis conferencias: «para litigar y ganar casos penales en los estrados judiciales, es necesario leer y, de ser imprescindible, citar ediciones actuales de muy buenos libros de derecho penal y procesal penal». Con citas de ediciones pasadas o citas de libros muy antiguos, rara vez se ganan casos penales.

Los libros antiguos o las ediciones anteriores de los buenos libros sirven una barbaridad en la formación del jurista y, luego, sirven para conocer la historia y evolución de las instituciones jurídicas. En consecuencia, sirven para realizar brillantes investigaciones jurídicas para obtener los títulos universitarios de pre- y posgrado. Efectivamente, sirven para escribir libros, como el que tienes en tus manos. Sin embargo, en los estrados judiciales, para ganar casos por parte de los abogados y fiscales litigantes o para emitir resoluciones judiciales por parte de los buenos jueces, son de poca utilidad.

El buen juez[1], cuando escucha o lee un informe del abogado defensor o del fiscal, espera primero que le proporcionen la mejor visión respecto de los hechos objeto de acusación; luego espera que le brinden los datos de cómo debe interpretar la ley actual aplicable al caso, cuál es la mejor interpretación actual de la ley vigente, cuáles son los últimos precedentes de nuestra Corte Suprema sobre la materia en litigio y qué dicen al respecto, cuáles son los precedentes de la Corte IDH, si el problema jurídico radica en principios, qué dice la doctrina nacional al respecto, etc. Rara vez le interesa al juez conocer cómo se interpretó la ley hace diez o veinte años y, mucho menos, en el siglo pasado; no le interesa los precedentes emitidos antes de la modificatoria de la ley; rarísimas veces le interesa los precedentes del tribunal supremo alemán o español, y mucho menos le interesa qué dice la doctrina extranjera al respecto. El manjar de los buenos jueces penales es la información de calidad: clara, pertinente, precisa y, sobre todo, actual de la materia en litigio. Se debe tener claro que la función del juez es resolver razonablemente

(1) El buen juez (por eso es tan difícil serlo) no es únicamente el que conoce el derecho positivo y lo aplica sin incurrir en desviación de ningún tipo (no prevarica, no incurre en causa de recusación, no comete faltas disciplinarias), sino el que además de todo eso ha desarrollado ciertos rasgos de carácter a los que bien puede llamarse «virtudes judiciales». La prudencia, la valentía, la autorrestricción (la modestia), la discreción, la capacidad para aproximarse de manera empática al problema que se ha de juzgar, son cualidades sin las que no se puede ser un buen juez. Cfr. Atienza, (2016) La guerra de las falacias. ¿Cómo hacer frente a los malos argumentos en la esfera pública?, p. 219.

el caso judicializado. No es su función hacer un trabajo de investigación científica y menos hacer un tratado sobre el delito objeto de acusación. En conclusión, debe proporcionarse al juez solo información de calidad para que resuelva el caso en los términos que establece la ley vigente aplicable. Si el juez pretende información para una investigación jurídica o para un libro que, por ejemplo, puede venir escribiendo, que lo busque por su cuenta. No es función del abogado litigante ni del fiscal proporcionar ese tipo de información.

En parecido sentido, el abogado o el fiscal litigante, tras leer una resolución judicial que le ha sido notificada, espera encontrar los argumentos por los cuales le han dado o no la razón en la solución del caso; espera que le brinden los datos de cómo debe interpretarse la ley actual aplicable al caso, cuál es la mejor interpretación judicial actual de la ley vigente, qué dicen los últimos precedentes de nuestra Corte Suprema sobre la materia en litigio, qué dicen los precedentes de la Corte IDH, qué dice la doctrina nacional actual al respecto, etc. No le interesa los argumentos referidos a cómo se interpretó la ley hace diez o veinte años y mucho menos en el siglo pasado; no le interesa saber qué dice el derecho penal comparado respecto a la materia en controversia; rarísimas veces le interesa los precedentes del tribunal supremo alemán o español; mucho menos le interesa qué dice la doctrina extranjera al respecto. El manjar de los abogados y fiscales litigantes son los argumentos de calidad: claros, pertinentes, precisos y, sobre todo, actuales de la materia en litigio. Requiere saber tales argumentos con urgencia con la finalidad de decidir si los convencen y, en consecuencia, se conforma con lo resuelto o plantea el correspondiente recurso impugnatorio buscando su revisión.

Como muestra de los cambios dogmáticos producidos por las modificaciones a la ley penal, tenemos los ocurridos como consecuencia de la promulgación de la Ley N.° 31178 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de abril de 2021. Se incorporaron circunstancias agravantes a los delitos de colusión, peculado y malversación de fondos. Esto significa que, a raíz de las modificaciones al contenido de los artículos 384, 387 y 389 CP, podemos sostener que, en el Perú,

tenemos circunstancias que hacen más reprochable penalmente las conductas punibles de colusión, peculado y malversación de fondos. En el primer caso, incluso la pena privativa de libertad puede llegar hasta los 20 años. En esa línea, actualmente podemos sustentar con fundamento que existen los delitos de colusión, peculado o de malversación de fondos agravado por la condición del agente que aparte de ser sujeto público actúa como miembro de una organización criminal. Antes de la modificatoria no era posible sostenerlo, pues, pese a que en la realidad al parecer ocurría, no estaba previsto tal circunstancia como agravante de los citados hechos punibles. El contenido de la ley penal cambió; por tanto, es normal y natural que los planteamientos dogmáticos al respecto también cambien o se replanteen.

En efecto, según la modificatoria introducida por la Ley N.° 31178, los delitos de colusión simple o agravada, peculado doloso y culposo y malversación de fondos, desde el 29 de abril de 2021, se agravan, primero, cuando el agente actúa como miembro de una organización criminal o como persona vinculada a una organización criminal, o actúa por encargo de una organización criminal; segundo, cuando la conducta delictiva recae sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre y cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias (UIT), y tercero, cuando el agente o autor desarrolle la conducta delictiva aprovechando una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Se han sancionado diversas circunstancias agravantes, que son necesarias explicar brevemente:

A. El autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. La diferencia entre las tres agravantes resulta obvia. En el primer supuesto, el agente pertenece o forma parte de una organización criminal del tipo que prevé el primer párrafo del artículo 317 CP; en tanto que en los otros dos supuestos el agente es un ajeno a la organización, no pertenece a ella. La primera circunstancia agravante solo se configura cuando el

autor de la colusión, peculado o malversación es integrante de una organización criminal. No tipifica la conducta colusoria, peculado o malversación de los integrantes de una banda criminal que prevé el artículo 317-B CP. Entonces, solo se trata de grandes organizaciones criminales, mas no de las pequeñas, que en nuestro sistema jurídico penal reciben el nombre de «banda criminal».

Por otro lado, una persona puede estar vinculada a una organización criminal cuando, por ejemplo, provee armas, vehículos o alimento a los integrantes de la organización con la finalidad de que esta cumpla sus fines propuestos. En cambio, en el último supuesto, el agente de la colusión, peculado o malversación no está vinculado a la organización criminal, sino que actúa debido a que la organización criminal lo ha pedido que así lo haga, a cambio, por ejemplo, de un porcentaje de las ganancias de la defraudación, o también a cambio de protección personal o a los miembros de su familia, etc. Lo importante es tener en cuenta que en estos dos últimos supuestos el agente no forma parte de la organización criminal.

B. La conducta de colusión, peculado o malversación de fondos recae 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 10 UIT. Aquí, el mayor reproche penal está en el mayor daño patrimonial que la conducta punible puede causar a los beneficiarios de los programas sociales.

Programas asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. Los programas de apoyo social hacen referencia a programas más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población vulnerable. El Estado peruano tiene diversos programas de apoyo, inclu-

sión y desarrollo social, como, por ejemplo, Seguro Integral de Salud (SIS); Programa de Complementación Alimentaria (PCA), Programa Contigo, Programa Juntos, Programa Nacional de Becas y Crédito Educativo (PRONABEC), Beca 18, Beca Casos Sociales, Beca Generación Bicentenario, Programa Techo Propio (PTP), Programa de Nuevo Crédito MiVivienda, etc. Cualquier conducta colusoria o de peculado o malversación en la ejecución de estos programas, se verificará la agravante. Cabe precisar que estas agravantes se configuran siempre y cuando el valor del dinero o ganancias involucrados en la operación de colusión, peculado o malversación descubierta supere las 10 UIT.

C. El agente se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito de colusión, peculado o malversación de fondos comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Las agravantes se configuran cuando el sujeto público responsable de participar en los contratos, licitaciones o concesiones para adquirir bienes o servicios a fin de hacer frente a una calamidad pública, emergencia sanitaria, como, por ejemplo, la COVID-19, se aprovecha de tales circunstancias para defraudar, apropiarse o malversar el patrimonio del Estado. Para ilustra mejor, calzaría perfectamente en esta agravante el hecho concreto que se conoció por los medios de comunicación: algunos oficiales de la PNP, responsables de adquirir material de bioseguridad para el personal policial, con el objeto de hacer frente a la pandemia de la COVID-19, se habrían aprovechado y realizado conductas colusorias, y, por tanto, de esa forma, defraudar el patrimonio del Estado.

Asimismo, se configuran las agravantes cuando la comisión del delito de colusión, peculado o malversación compromete o pone en serio riesgo la defensa, seguridad o soberanía nacional. Por ejemplo, cuando el sujeto público encargado de participar en las licitaciones de adquirir armas para nuestras Fuerzas Armadas realiza conductas colusorias y, en lugar de adquirir armamento sofisticado, acepta y

adquiere armamento en desuso, o bien simplemente se apropia del presupuesto y no compra el armamento que necesita la fuerza armada, o bien, en lugar de comprar el armamento sofisticado, desvía el presupuesto para pagar el rancho mensual, etc.

En suma, los cambios legislativos, dogmáticos y jurisprudenciales más trascendentes, desde mi visión jurídica, en los delitos contra la administración pública ocurridos luego de la publicación de la quinta edición (2019), han sido abordados en esta edición.

Para finalizar esta presentación, no puedo dejar de pasar la oportunidad de reiterar mi sentido y profundo agradecimiento a mi compañera de éxitos y sacrificios la abogada Norminda Flores, mi cónyuge; a mis padres, Camilo y Carmela; a mis hermanos, Anita, Zacarías, Raúl, Oscar, Ramos y Carmen Flor; a mis hijos, Shirley, Jeffry, Keila, Félix y Valeria, y, en general, a todos los integrantes de mi familia, quienes en todo momento me han brindado apoyo incondicional material y emocional para recuperar mi salud, que fue seriamente dañada por la COVID-19 en marzo de 2021. Sin su constante compañía, palabras de aliento, buscando la medicina, indagando sobre el mejor profesional médico o terapeuta para mi tratamiento, trasladando los cientos de balones de oxígeno que se requería, etc., no hubiese logrado recuperarme físicamente, al nivel en que me encuentro escribiendo el prólogo del libro que tienes entre manos.

Un reconocimiento especial merece la Pontificia Universidad Católica del Perú, pues proporcionó bastantes balones de oxígeno medicinal para mi recuperación. Estoy en deuda con ella, que espero retribuir con la docencia.

Para mí la vida es un regalo, mucho más si me encuentro rodeado de las personas que amo y si trabajo en lo que más me apasiona: administrar justicia penal en el Poder Judicial y realizar docencia universitaria.

Lima, mayo de 2023

Ramiro Salinas Siccha
Doctor en derecho y ciencia política

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN

La quinta edición de este libro, dedicada a los delitos contra la administración pública, y apreciado por operadores judiciales, fiscales, profesores y estudiantes de derecho, persigue un doble objetivo. Por una parte, la actualización del texto, para lo cual se ha consultado, citado y comentado las últimas modificaciones legales y —lo que considero más importante—, los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales de las salas penales de Corte Suprema. Por otra parte, el replanteamiento y ampliación de algunos conceptos dogmáticos. Para tal efecto, hemos consultado las fuentes bibliográficas más recientes sobre los delitos que ponen en peligro o lesionan el normal y recto funcionamiento de la administración pública que no es otra cosa que el Estado mismo.

Los delitos objeto de hermenéutica jurídica son conocidos también en la doctrina como «delitos de corrupción de funcionarios» o «delitos funcionariales», que, de acuerdo con nuestro sistema jurídico, están reservados para ser autores solo determinados peruanos, esto es, solo los peruanos que trabajan para el Estado, ya sea como funcionarios o servidores públicos. Nadie más que ellos pueden ser autores. Los demás que intervienen en la comisión del delito funcionarial, junto a aquellos, sin tener tales calidades personales que exige la ley penal, también responderán por el mismo delito, pero solo como cómplices, siguiendo la teoría de la unidad del título de imputación impuesta en nuestro sistema jurídico por el D. Leg. N.° 1351 (diario oficial *El Peruano*, 7 de enero de 2017) que modificó el artículo 25 CP.

Por la coyuntura, considero necesario compartir las siguientes reflexiones:

1. En el Perú, los delitos funcionariales recién son objeto de estudio dogmático serio desde el año 2000. Antes de ese año, no existía en el ámbito jurídico algún libro o investigación respecto de los delitos contra la administración pública. Es con el destape de los actos de corrupción realizados por altos funcionarios del Estado del gobierno fujimorista (1990-2000) que surge la necesidad dogmática y práctica de comenzar a estudiar y analizar seriamente los delitos funcionariales, que siempre estuvieron positivizados en nuestros códigos penales. Es decir, en nuestra patria, recién llevamos 18 años de estudio y análisis dogmático de los graves delitos de corrupción de funcionarios. Recién se ha alcanzado la mayoría de edad. Y esta circunstancia quizá sea una de las razones fuertes por las cuales aún no son entendidos a cabalidad y, por tanto, no se les aplica adecuadamente a los abundantes casos investigados y judicializados.
2. Con las penas privativas de libertad que se impusieron a altos funcionarios, incluido el del ex presidente de la República de la década 1990-2000 por graves delitos de corrupción, considerábamos que los altos funcionarios del Estado se abstendrían de realizar conductas de corrupción. Sin embargo, el destape producido a finales de 2016 debido a diversos actos de corrupción propiciados por diversas empresas brasileñas lideradas por Odebrecht nos volvieron a la cruda realidad de que los altos funcionarios de la república, incluso en calidad de presidentes de sus repúblicas, seguían presuntamente cometiendo graves delitos de defraudación al patrimonio de la nación. Prueba de ello es un expresidente prófugo de la justicia y otro en el inicio de la investigación preparatoria, donde la autoridad jurisdiccional declaró fundada la solicitud de prisión preventiva y, luego, por sentencia en mayoría del

Tribunal Constitucional[1], recobró su libertad y actualmente se encuentra enfrentando el proceso penal con la medida coercitiva de comparecencia con restricciones. En ambos casos, se atribuye a los imputados, entre otros, el grave delito de colusión en agravio del Estado.

3. En circunstancias en que las autoridades fiscales y jurisdiccionales de los sistemas especializados en los delitos de corrupción de funcionarios nos encontrábamos concentrados en investigar y procesar a diversos funcionarios y servidores públicos por los casos de corrupción originados por las empresas brasileñas, sorprendidos hemos sido testigos de excepción del descubrimiento de una organización criminal enquistada en el Poder Judicial, Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). La organización criminal ha sido bautizada por la Fiscalía, la Policía y los medios de comunicación como «Cuellos Blancos del Puerto» (un caso parecido en Colombia ha fue bautizado como «el Cartel de la Toga»), de la cual algunos de sus integrantes se encuentran procesados bajo la medida coercitiva de prisión preventiva. Tanto ha sido el escándalo por los graves actos de corrupción descubiertos por medio de interceptaciones telefónicas legales que el CNM ha sido desactivado temporalmente por el Congreso de la República. Por su parte, el Poder Judicial y el Ministerio Público se encuentran seriamente cuestionados, pues algunos de sus miembros del más alto nivel jerárquico se encuentran comprometidos con aquella organización criminal destinada a cometer diversos delitos de corrupción.

4. El descubrimiento de los graves delitos de corrupción pública realizados por los integrantes de la supuesta organización criminal «Cuellos Blancos del Puerto» originó la desactivación de una institución constitucional civil autónoma como el

(1) Resolución del 26 de abril de 2018 que por mayoría declaró fundado el Habeas Corpus de los imputados. EXP. N.° 04780-2017-PHC/TC y EXP. N.° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado) PIURA, caso Humala Tasso y Heredia Alarcón.

CNM, e incluso se viene cuestionando seriamente al Poder Judicial y el Ministerio Público. Tal situación ocurre debido a que los actos de corrupción ponen en serio cuestionamiento la existencia misma del Estado. La corrupción es el uso doloso de las funciones o bienes públicos por parte de los sujetos públicos en su beneficio personal. Por los actos de corrupción, el sujeto público deja de lado los altos intereses y objetivos del Estado de conseguir el bien común y, en su lugar, sobrepone sus apetitos y preferencias personales. No debe soslayarse que los actos de corrupción desintegran o destruyen éticamente a los Estados de carácter democrático, de ahí que deben ser sancionados drásticamente. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, la pena más alta que se prevé es de 15 años para los delitos de colusión agravada, enriquecimiento ilícito agravado y cohecho pasivo específico. Este aspecto debe modificarse legislativamente porque no resulta coherente, razonable ni justo que en nuestro sistema jurídico una persona que comete un robo agravado de un reloj de 15 soles merezca una sanción penal hasta de 20 años; en cambio, una persona que defrauda al Estado por millones de dólares apenas puede ser sancionado penalmente hasta por 15 años. En el caso más extremo, no resulta coherente que en un robo agravado, a consecuencia del cual se coloca a la víctima o su familia en grave situación económica, el autor merezca una sanción penal hasta 30 años; mientras que en una colusión agravada, a consecuencia de la cual se coloca al Estado en grave situación económica, el autor merezca a lo más 15 años de pena privativa de libertad. Esto es arbitrario e injusto. No es racional ni razonable que la circunstancia de afectación patrimonial de un peruano o su familia merezca mayor sanción penal que la afectación patrimonial de millones de peruanos que conformamos el Estado. No resulta razonable de alguna forma que merezcan menor sanción penal los actos de saqueo económico del Estado que conformamos todos los peruanos y, en cambio, se sancione de manera más drástica el perjuicio patrimonial de un peruano o su familia.

Para la consolidación de un sistema jurídico penal coherente y razonable, este panorama legislativo debe cambiar.

5. El cambio legislativo se impone incluso por fines preventivos. Consideramos que los delitos de peculado, colusión agravada, enriquecimiento ilícito, cohecho pasivo específico realizados por altos funcionarios públicos de la república deben ser sancionados con pena privativa de libertad mayor a la del robo agravado, pues aquellos delitos afectan incluso los derechos humanos de millones de peruanos(2). Los Estados que toleran y justifican los actos de corrupción pública y no lo sancionan severamente son éticamente inviables. No debe obviarse que las consecuencias directas de la corrupción es que socava de manera gradual al Estado constitucional de derecho provoca una grave indiferencia de la ciudadanía hacia las instituciones pública y, al mismo tiempo, pone en peligro la sostenibilidad del modelo económico del Estado.

6. Insistimos, en nuestro país debe imponerse una política estatal de lucha frontal contra la tolerancia de los actos de corrupción. Consideramos que todo acto de corrupción afecta gravemente los principios de organización y funcionamiento del Estado, los cuales al final se constituyen en bienes jurídicos de los delitos contra la administración pública. Debe descartarse la idea de que el bien jurídico de los delitos de peculado o colusión, por ejemplo, es el patrimonio del Estado. El patrimonio es a lo más el objeto del delito. De ahí que el bien jurídico protegido específico del delito de peculado es el principio de «no lesionar el patrimonio del Estado», en tanto que el bien jurídico del delito de colusión lo constituyen los principios de «transparencia, integridad y trato justo al postor». Si esto es así, incurrimos en un grave error al sostener que cuando el

(2) Por supuesto que tenemos claro que la lucha contra la corrupción pública no resulta más efectiva aumentando las penas, sino educando a la población y fomentando valores ciudadanos orientados a preservar la decencia pública y la moralidad administrativa.

funcionario se apropia, por ejemplo, de 100 soles del erario, se causa un mínimo daño al bien jurídico protegido y, por tanto, debe ser sancionado con una pena mínima; en tanto que otros proponen que tales actos deben constituir solo faltas administrativas. En cambio, al aceptar que con la tipificación de los delitos funcionariales se pretende proteger principios o deberes estatales, debemos aceptar también que así el sujeto público se apropie de 100 soles o 35 millones de dólares la afectación a bien jurídico es de la misma magnitud.

7. Debe internalizarse la idea de que los delitos de corrupción afectan directamente los derechos humanos de las personas, pues, al afectarse el principio de «no lesionar el patrimonio del Estado», quitándole parte de su escaso patrimonio, este no puede realizar obras básicas para los ciudadanos; por ejemplo, se ve imposibilitado de realizar servicios de agua potable, alcantarillado y desagüe, no puede construir más carreteras para acercar a los pueblos, etc. En suma, se ve impedido de llevar ayuda a los peruanos más necesitados. Es obvio que la corrupción genera más pobreza económica y, lo que es peor, genera pobreza ética. Es más, las conductas de corrupción se agravan cuando se realizan mediante el crimen organizado. Aquellas se vuelven más reprochables penalmente. No debemos perder de vista que las aspiraciones de la criminalidad organizada es la infiltración en la economía del país mediante diversos delitos patrimoniales y otros, como el delito de lavado de activos, es decir, la infiltración a la administración pública por medio de la corrupción, que trata en lo posible de que se imponga una política de tolerancia a los actos de corrupción y la infiltración en el sistema penitenciario para deslegitimarlo.

Lima, navidad de 2018

Ramiro Salinas Siccha
Juez Superior Titular de la Sala Penal Nacional del Sistema Especializado en delitos de corrupción de funcionarios

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

Con la mayor satisfacción personal, presento nuevamente a la comunidad jurídica el libro *Delitos contra la administración pública*, en su cuarta edición. No recurrimos a la opción fácil y simple de reimprimir el contenido de la edición anterior, pues, como todos sabemos, el contenido del derecho penal, tan igual que todos los ámbitos del conocimiento, cambia cada día a día debido a la masificación mundial de la educación y los medios de comunicación, sino que, por el contrario, nos impusimos la obligación de poner al día en lo posible a nuestros lectores en el campo de los delitos contra la administración pública. Aquí hemos replanteado y ampliado algunos conceptos dogmáticos; hemos consultado las últimas fuentes bibliográficas y —lo que considero más importante— hemos consultado, citado y comentado los más recientes pronunciamientos judiciales de nuestra Corte Suprema respecto de los diversos delitos que ponen en peligro o lesionan en forma dolosa el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, que no es otra cosa que el Estado mismo. No está demás dejar establecido que se aplican los criterios de imputación objetiva en la explicación de los delitos objeto del presente trabajo.

Se acepta sin mayor discusión que todos los delitos, objeto del presente estudio, son conocidos también como «actos de corrupción de funcionarios», que ponen en serio cuestionamiento la existencia misma del Estado. La corrupción es entendida como el uso doloso de las funciones o bienes públicos por parte de los fun-

cionarios o servidores públicos en su beneficio personal o de sus allegados, comúnmente denominados «terceros». Por los actos de corrupción, el sujeto público deja de lado los objetivos del Estado y, en su lugar, sobrepone sus objetivos personales. Aquel utiliza la función pública como medio para lograr sus apetitos personales, con lo que defrauda al Estado. Incumpliendo sus deberes funcionales, el sujeto público defrauda la confianza que el Estado le impone desde el momento que le contrata, designa o nombra para trabajar al interior de la administración pública. Incumpliendo sus deberes funcionales trata de obtener una ventaja patrimonial o de cualquier otra índole en evidente perjuicio del normal y recto funcionamiento de la administración. Los actos de corrupción desintegran o destruyen éticamente a los Estados de carácter democrático, de ahí que deben ser sancionados en forma drástica. Los Estados que toleran los actos de corrupción pública son éticamente inviables.

Por tales razones, en el preámbulo de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción vigente, desde el 14 de diciembre de 2005, se precisa que la prevención y control de la corrupción es responsabilidad de todos los Estados democráticos. Estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de la sociedad civil, para que los esfuerzos sean eficaces contra este flagelo mundial. Para ello, se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario de la corrupción, con la finalidad de encontrar las herramientas apropiadas y necesarias para enfrentarla de manera eficaz. En ese sentido, sin duda, uno de los mecanismos, y quizá el más importante en este esfuerzo, es el derecho penal, instrumento racional con el que cuentan los Estados para buscar reprimir y controlar los actos de corrupción y hacer posible que, por medio de la prevención general, negativa y positiva de la pena, los ciudadanos peruanos que trabajan para el Estado se abstengan de realizar actos de corrupción y más bien fomenten una cultura de rechazo a ella. Insistimos, en nuestro país debe imponerse una política estatal de lucha frontal contra la tolerancia de los actos corruptos. Consideramos que todo acto de corrupción, por mínimo que sea, debe ser sancionado penalmente.

No debe aceptarse justificaciones de mínimo daño al bien jurídico protegido para dejar sin sanción a un corrupto. La experiencia judicial nos enseña que la impunidad de actos menores genera la comisión de actos de corrupción de gran escala, todo en perjuicio de nuestro Estado. Si no se castiga al funcionario «A» por la apropiación de uno o dos nuevos soles del erario, luego será muy tarde sancionarlo por la apropiación de un millón de nuevos soles, debido a que el perjuicio de gran magnitud a la administración ya se habrá producido.

En otro extremo, en esta edición se ha comentado la Ley N.° 30304, publicada en el diario oficial *El peruano* el 28 febrero de 2015, que modificó el artículo 57 CP. Como resultado, se incorporó un último párrafo y se dispuso que «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 y 387». En líneas generales, estamos de acuerdo con esta disposición legal; sin embargo, la crítica va en el sentido de que otros delitos, de igual o mayor reprochabilidad penal, no han sido considerados cómo fue la propuesta legislativa inicial de la Contraloría General de la República.

También se analizan las modificaciones de los artículos 377 y 378 CP realizadas por la Ley N.° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015. En efecto, en las disposiciones complementarias y modificatorias, entre otras medidas, se dispuso la modificación del contenido del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, sancionado en el artículo 377 CP. De igual modo, se dispuso la modificación del contenido del tipo penal 378 CP que regula el delito de denegación o deficiente apoyo policial. En ambos se prevé que la conducta es más reprochable y, por lo tanto, merece mayor pena privativa de libertad el autor, cuando el acto funcional o la prestación de auxilio están referidos a una solicitud de garantías personales o casos de violencia familiar. Finalmente, se comenta también la Ley N.° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo.

En cuanto a los recientes precedentes jurisdiccionales emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema, comentamos en forma crítica la sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima, de fecha 13 de noviembre de 2015, emitida por la Sala Penal Permanente. No compartimos igual criterio con lo que allí se concluyó, pues desde nuestra perspectiva y posición de no tolerar los actos de corrupción, un hecho delictivo quedó sin sanción penal.

Asimismo, hemos incorporado y comentado la jurisprudencia vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116 de fecha 02 de octubre de 2015 (diario oficial *El peruano*, 21 de junio de 2016). Allí se discutió y debatió dos temas trascendentes respecto del delito común de tráfico de influencias: el título de imputación del tercero interesado y si es legítimo el delito de tráfico de influencias simuladas. Nuestra Suprema Corte, en forma discutible, optó por considerar al tercero interesado como instigador, por lo que descartó toda posibilidad de considerarlo como cómplice primario, que, según nuestra posición académica, se daría cuando el traficante va, busca o aborda al tercero interesado y ante él invoca sus influencias reales o simuladas y le indica que, si le entrega una ventaja determinada, le ayudará a solucionar su problema judicial o administrativo. En este supuesto, de modo alguno podemos alegar que el tercero interesado actúa como instigador, pues él no hace nacer la resolución criminal en el traficante, y aquel ya tenía la resolución criminal. En este supuesto, insistimos, el tercero interesado cumple el rol de cómplice primario.

Por otro lado, como siempre lo sustentamos en las ediciones anteriores del presente libro, se ha establecido como doctrina legal que es totalmente legítimo y constitucional el delito de tráfico de influencias simuladas. Este delito supera ampliamente el principio de lesividad. En efecto, tomando en cuenta que el bien jurídico protegido específico es la buena imagen y credibilidad de la administración pública, cuando el traficante invoca influencias simuladas, en forma evidente, está lesionando aquel bien jurídico cuyo titular es el Estado. Ello es así porque el traficante indirectamente afirma

que todas las instituciones públicas son corruptas, donde todo se arregla a través de influencias. Si el Estado no sancionara este tipo de conductas, el Estado mismo es inviable.

Finalmente, en esta edición hemos decidido mantener la sección denominada «resoluciones judiciales»: 4 sentencias de segunda instancia y 5 resoluciones también de segunda instancia sobre cuestiones incidentales planteadas en el interior de un proceso penal tramitado con los principios y reglas del Código Procesal Penal de 2004. Tres argumentos primaron en nuestra decisión. Primero, demostrar a nuestros lectores la forma como los conceptos dogmáticos sobre los delitos contra la administración pública se aplican en los procesos judiciales concretos. Segundo, mostrar cómo se redacta una resolución judicial según el modelo procesal penal que recoge el Código Procesal Penal de 2004. Y tercero, refutar algunos trabajos teóricos que circulan por ahí, que pretenden «enseñar» «cómo redactar una sentencia», elaborados por teóricos que nunca fueron jueces. Insistimos, solo el que elaboró o elabora sentencias judiciales está en condiciones mínimas de enseñar a redactarlas. El teórico que nunca ha sido juez debe abstenerse. Esto es como el fútbol: «si nunca se ha jugado y, por lo tanto, nunca se ha gozado de la gloria de hacer un gol, no pretendamos, luego, enseñar a hacer goles a los profesionales del fútbol».

Lima, septiembre de 2016

Ramiro Salinas Siccha
Juez Superior Titular de la Sala Penal Nacional

PRÓLOGO A LA TERCERA EDICIÓN

I. Presento a la comunidad jurídica la tercera edición de mi libro, titulado *Delitos contra la administración pública*, la misma que ha sido actualizada y, por lo tanto, supera a las ediciones anteriores en cuanto a conceptos dogmáticos e invocación de precedentes jurisprudenciales.

Los temas que se estudian y analizan, en estos tiempos de cultura horizontal, son de vital importancia y deben ser conocidos por todo hombre y mujer de derecho, pues se ha llegado al consenso general de considerar que la corrupción ha dejado de ser un problema local o nacional para erigirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías. Situación que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y combatirla. La prevención y control de la corrupción es responsabilidad de todos los Estados; en consecuencia, estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que los esfuerzos sean eficaces contra este flagelo mundial. Para ello, se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario con el cual prevenir y combatir en forma eficaz la corrupción (preámbulo de la Convención de la ONU contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005). Un mecanismo y quizá el más importante, en este esfuerzo es el derecho penal; asimismo, un instrumento racional con el que cuentan los Estados para buscar reprimir los

actos de corrupción y hacer posible que, por medio de la prevención general, negativa y positiva de la pena, los funcionarios públicos y los particulares se abstengan de realizar conductas corruptas y, más bien, se fomente una cultura de rechazo a la corrupción.

II. La lucha contra la corrupción en nuestra patria es un tema sumamente sensible, al punto que, si en la construcción de la normatividad respectiva no se hace participar a la sociedad civil, las normas corren el riesgo de no durar mucho. En efecto, el 10 de junio de 2011 se promulgó la Ley N.° 29703; no obstante, ante la crítica y observaciones fundadas o infundadas que hicieron en forma unánime los medios de comunicación masiva, aquella ley no tuvo ni mes y medio de vigencia, e inmediatamente fue remplazada por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011, la misma que entre sus virtudes, como se analizará en los capítulos correspondientes, tuvo el hecho de haber creado una circunstancia agravante del delito de peculado: el haber reformulado de modo más adecuado el delito de enriquecimiento ilícito y haber reformulado el artículo 426 CP destinado a establecer que todos los delitos que aquí se analizan (artículo 376 al artículo 401 CP) son sancionados con pena de inhabilitación, pero en su modalidad de accesoria, por lo que, en principio, la inhabilitación que se impone al sujeto público corrupto tiene una duración igual a la pena privativa de libertad impuesta luego del debido proceso penal. De igual forma, el 26 de noviembre de 2013 se modificó el contenido de diversos delitos contra la administración pública por la Ley N.° 30111 para agregar como sanción principal, unida a la privativa de libertad, la de días multa. Finalmente, el 13 de diciembre de 2013 el Congreso de la República nos sorprendió con la publicación de la Ley N.° 30124 que modificó el artículo 425 CP, que amplía los parámetros para considerar a un ciudadano peruano como funcionario o servidor público para efectos penales. Es obvio que los conceptos de funcionario o servidor público para efectos administrativos o laborales son parciales. Tales categorías, para efectos penales, son mucho más amplias.

III. Por otro lado, los delitos contra la administración pública siempre han tenido cabida en los códigos penales del Perú. No obs-

tante, es con el destape de la corrupción enquistada al más alto nivel político en la década de los noventa que recobraron real importancia y trascendencia nacional en el ámbito práctico, teórico y jurisprudencial.

IV. El derrumbe de la cúpula política, que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, originó múltiples investigaciones por la comisión de diversos delitos contra la administración pública cometidos por una asociación ilícita para delinquir. Hemos sido testigos de excepción del desfile ante las fiscalías y tribunales de Justicia, de personas que ocuparon los más altos cargos públicos en nuestro país. En efecto, por este tipo de delitos han sido procesados, y finalmente sentenciados, personas que ocuparon cargos importantes, como presidentes del Congreso, ministros de Estado, congresistas, fiscales de la nación, jueces y fiscales supremos, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, generales de los institutos armados, poderosos asesores, etc.

V. Para el derecho penal y procesal penal nacional ha sido muy enriquecedor el destape de aquella cúpula corrupta. Antes del año 2000, muy poca importancia se le daba a la interpretación doctrinaria y jurisprudencial de los delitos contra la administración pública. En la práctica, pese a que todos lo sentíamos en la piel y se olía en el ambiente, la comisión de delitos que lesionaban el normal y recto funcionamiento de la administración pública, en muy pocos casos llegaban a los estrados judiciales. Eventualmente, solo se detectaban actos de corrupción cometidos por funcionarios o servidores públicos que ocupaban cargos administrativos menores. Es más, los casos que se lograban judicializar, en su mayoría, terminaban con sentencia absolutoria y, en no pocos, por prescripción.

VI. También sirve como evidencia que antes del año 2000 no se le daba importancia a la hermenéutica jurídica de los delitos que lesionaban o ponían en peligro el normal funcionamiento de la administración pública, así como tampoco a la circunstancia práctica de que, al inicio de las investigaciones, a los funcionarios y servidores públicos de la década antes citada, en muchos casos, se realizaron deficientes calificaciones jurídicas de los hechos que se les

imputaba. Estas últimas favorecieron a los imputados para evadir la acción de la justicia o para lograr absoluciones ante el asombro de los ciudadanos de a pie, que no comprendían las razones por las que la justicia declaraba libres de responsabilidad penal a personajes públicos que, incluso, al inicio declaraban voluntariamente haber cometido actos de corrupción en perjuicio del Estado, ya sea en calidad de autores o partícipes.

VII. No obstante, con el esfuerzo personal y profesional desplegado por fiscales y jueces del subsistema de justicia denominado «anticorrupción», en la mayoría de los casos investigados, pese a las deficiencias legislativas y dogmáticas del sistema penal, se logró procesar a altos funcionarios públicos del régimen fujimorista y obtener condenas por la comisión de delitos contra la administración pública, con penas antes no vistas en la jurisprudencia. Prueba de ello es el considerable número de precedentes jurisprudenciales que se han producido al más alto nivel de nuestra administración de justicia penal, de los cuales hemos seleccionado los más ilustrativos, a mi criterio, para sustentar posiciones que aquí se asumen y en otras ocasiones para descartar interpretaciones que consideramos no son de recibo a la luz de nuestro sistema penal.

VIII. En ese contexto, y siguiendo la orientación interpretativa iniciada por otros profesores nacionales, nace el presente trabajo en su tercera edición ampliada, mejorada y actualizada, con el único objetivo de seguir contribuyendo en el análisis y ejercicio racional y coherente de nuestro derecho punitivo en lo que se refiere a los delitos contra la administración pública. Aun cuando parece obvio, no podemos soslayar que solo la comprensión de los elementos objetivos y subjetivos de cada delito liberan a su aplicación práctica del acaso y la arbitrariedad, que tanto daño hace a la administración de justicia penal[1].

(1) Bien se sabe que solo conociendo perfectamente los elementos objetivos y subjetivos de cada tipo penal de la parte especial del Código Penal de 1991 y sus leyes modificatorias podemos hacer un uso adecuado y racional del Código Procesal Penal de 2004. Sin dominar dogmática penal es imposible hacer frente a un proceso penal bajo el modelo acusatorio garantista con

IX. Igual que en todos nuestros trabajos, de inicio advertimos a nuestros lectores que, a diferencia de otros libros, artículos o ensayos publicados en el Perú sobre los temas tratados, aquí solo hacemos uso en forma ocasional de la ubérrima bibliografía extranjera. De entrada, debemos advertir que, si se requiere tener la posición doctrinaria de los diversos juristas extranjeros de derecho penal sobre los delitos contra la administración pública, este no es el libro apropiado. Tampoco este libro tiene como uno de sus objetivos el hacer derecho penal comparado. Aquí, para sustentar y argumentar posiciones y opiniones, se utiliza la escasa bibliografía nacional y nuestros precedentes jurisprudenciales(2), que en cantidad es abundante, pero que en calidad todavía le queda mucho camino por descubrir y recorrer. El trabajo tiene como uno de sus objetivos convertirse en herramienta de primera mano para que el hombre o mujer de derecho dedicados al derecho penal intente dar una solución razonable a los diversos problemas que generan los actos de corrupción de funcionarios o servidores públicos en nuestra patria.

X. No recurrimos tanto a fuentes extranjeras para efectuar la hermenéutica de los delitos contra la administración pública de nuestro Código Penal, pues no queremos correr el riesgo de caer en lo que atinadamente advierte el profesor Hurtado Pozo, de evidenciar «una actitud intelectual especial, consistente en abordar las obras doctrinales extranjeras sin tener en cuenta ni la legislación que les sirve de punto de partida, ni la legislación nacional que debe ser interpretada» (Hurtado Pozo, 2005, p. 379). Para todo hombre y mujer de derecho no es un secreto que los autores extranjeros analizan e interpretan los códigos penales de sus respectivos países, cuyas fórmulas legislativas de los delitos —aun cuando tienen pare-

---

mínimos rasgos adversariales. Resulta obvio que sin dogmática penal no es posible llegar a dominar racionalmente las técnicas de litigación oral y, menos, las técnicas de juzgamiento.

(2) La trascripción fue realizada por la Dra. Norminda Flores Huamán, a quien expreso mi agradecimiento y reconocimiento por su invalorable apoyo en mis objetivos intelectuales y profesionales.

cido contenido, parecido objetivo y hasta la misma nomenclatura o etiqueta— no son las mismas que las recogidas en el Código Penal peruano de 1991 y sus leyes penales modificatorias.

XI. Así mismo, no nos limitamos a realizar una exclusiva interpretación doctrinaria, sino también, recurrimos a la jurisprudencia de «calidad» elaborada por nuestros jueces penales, a fin de saber cómo se interpretan y aplican los tipos penales en los casos concretos que la realidad presenta. Optamos por esta forma de hacer dogmática debido a que actualmente, en la doctrina jurídica más avanzada, es común sostener que no se puede conocer el derecho de un país leyendo simplemente sus leyes; tampoco es suficiente consultar la doctrina elaborada a partir de ellas. Para conocer en forma real el derecho de un país, es indispensable saber cómo sus leyes son aplicadas e interpretàdas por los diversos órganos encargados de aplicarlas y, en particular, por los órganos judiciales. Los jueces, en la medida en que de manera constante y coherente justifican jurídicamente sus decisiones en los innumerables casos que conocen y resuelven, otorgan un sentido determinado a las disposiciones legales. De ahí la urgencia de analizar y hacer uso de los precedentes jurisprudenciales con más frecuencia en la labor de enseñanza del derecho en nuestras universidades.

XII. Este es uno de los objetivos, y quizá el principal, de la actual orientación de la educación universitaria en Europa. Desde 1999, con la célebre «Declaración de Bolonia», se dio inicio al proyecto de construcción del denominado «Espacio Europeo de Enseñanza Superior» (EEES), cuya finalidad fue aprovechar la unificación para elevar la calidad de la enseñanza universitaria adoptando el modelo de las universidades norteamericanas. El «EEES» representa una cierta «norteamericanización» de la universidad europea (Pérez Lledó, 2006, p. 13). Se plantea que la enseñanza tradicional, basada en la mera transmisión de información acerca de conocimientos, de contenidos, y su recepción pasiva del estudiante, debe ser superada por una educación en capacidades, en habilidades y competencias, es decir, una formación mucho más metodológica que no se limite a informar de contenidos, sino que enseñe a usarlos de un modo

práctico; y, vinculado con esto, capacite también al estudiante para adquirir nuevos conocimientos y nuevas aptitudes por sí mismo (PÉREZ LLEDÓ, 2006, p. 17).

XIII. En concreto, se trata de hacer realidad el eslogan de las facultades de derecho de las universidades norteamericanas: «Enseñar a pensar como juristas». En tal sentido, la dosis de conocimientos normativos y dogmático-jurídicos se enseñarán no en el vacío, sino a partir de la discusión argumentativa de sentencias y casos prácticos reales, mostrando cómo aparecen en la realidad aplicativa del derecho y enseñando a los estudiantes a ver, extraer, aplicar e incluso construir por sí mismos las normas y las teorizaciones dogmático-jurídicas de utilidad elaboradas a partir de casos reales concretos. El objetivo es formar buenos profesionales del derecho, juristas técnicamente competentes y bien orientados moralmente, y no simplemente para que conozcan de derecho, sino para que tengan aptitudes de manejar hábilmente de un modo instrumentalista, mas no formalista; capaces de argumentar jurídicamente un espectro de soluciones posibles mucho mayor que las que, *prima facie,* se le presentan «congeladas» desde la literalidad de la norma o de su interpretación dominante (PÉREZ LLEDÓ, 2006, p. 30).

XIV. Esta orientación de la educación universitaria en Europa quizá tiene como uno de sus fundamentos ideológicos el considerar, tal como lo sostiene el profesor italiano Michele Taruffo, que actualmente vivimos en una «sociedad horizontal en la cual las construcciones culturales circulan alrededor de todo el mundo, y la cultura Angloamericana está cerca de ser, en gran medida, el sistema más influyente de modelo legal a pesar de algunas resistencias localizadas» (TARUFFO, 2009, p. 34).

XV. Estos lineamientos son los que aquí adoptamos, y esperamos e insistimos se vayan consolidando en nuestra patria. Considero que, en la formación de los abogados, las facultades de derecho de nuestras universidades (públicas o privadas) tienen que ponerse como objetivo el materializar esta orientación de enseñanza. En este mundo globalizado, parece constituirse en la alternativa más

adecuada y eficaz en la formación de los juristas. Lo contrario es destinarse al permanente fracaso.

XVI. Por lo demás, en el Perú, la explicación dogmática con el uso de los precedentes jurisprudenciales se vuelve una necesidad ineludible. El derecho positivo en el campo penal[3] ha dispuesto de modo taxativo que los precedentes judiciales en materia penal dictados por la Corte Suprema tienen carácter normativo o vinculante, cuando así se especifique en la Ejecutoria. De ese modo, el D. Leg. N.° 959 del 17 de agosto de 2004, adelantándose a la vigencia en todo el país del Código Procesal Penal de 2004, ha previsto que las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten la sentencia y las razones por las cuales se apartan del precedente. En ambos casos, la sentencia debe publicarse en el diario oficial y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial[4].

XVII. En tanto que, en los incisos 3 y 4 del artículo 433 del Código Procesal Penal de 2004 se establece lo siguiente

La Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisprudenciales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cúal permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los vocales en lo Penal

(3) No obviemos que mucho antes, ya en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 22 y 80, inciso 4) se disponía de modo expreso la facultad de expedir precedentes vinculantes por parte de las Salas Especializadas de la Corte Suprema.

(4) Contenido del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales agregado por el Decreto Legislativo N.° 959.

de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará con mayoría absoluta. En este último supuesto, no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el Diario Oficial.

En su caso, si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, con relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los vocales en lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo.

XVIII. Los magistrados que integran las salas penales de la Corte Suprema, decididamente, han asumido tal tarea. Vienen encaminando a nuestra administración de justicia penal por la senda de la predictibilidad. En estos tiempos de posmodernidad(5), no podemos aceptar razonablemente que casos penales iguales tengan solución jurisdiccional diferente. Se han emitido y publicado diversos precedentes jurisprudenciales con carácter vinculante. Incluso, se han dictado ejecutorias vinculantes contradictorias. Situación que ha originado que todos los

(5) Época que se opone a la modernidad que se revuelve en su crisis. «Es una crisis del racionalismo, de la razón totalizante, del absolutismo de la razón; esa razón formal, técnica, funcionalista que terminó siendo «arsenal del poder y la dominación». Una razón que impuso una mirada, que implantó un etnocentrismo, el europeo, con desconocimiento del «otro», el conquistado, el colonizado, el sometido. Una racionalidad que exaltó el progreso como proceso de imposición tecnológica desconocedor de los valores autónomos, de la memoria de las ciudades, de los pueblos, de sus gentes... La razón, enarbolada por la Ilustración, finalmente no condujo a la libertad; impuso una soberbia del saber y pretendió también como el totalitarismo marxista, la uniformidad en el pensamiento y en la acción» (Tocora, F. *Principios penales sustantivos*. Temis, 2002, p. IX).

jueces supremos integrantes de las salas penales de la Suprema Corte se hayan reunido en plenos jurisdiccionales[6] y hayan dictado diferentes acuerdos plenarios que, al igual que las ejecutorias supremas vinculantes, son de cumplimiento imperativo por todos los magistrados del país, sin perjuicio de la excepción que prevé el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[7]. Es más, en el inciso 5 del artículo 429 del Código Procesal de 2004 se ha previsto que es causal para interponer el recurso de casación el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

XIX. Por otra parte, de modo alguno nos limitamos a expresar nuestras opiniones o creencias teóricas o prácticas sobre los delitos contra la administración pública, sino, por el contrario, pretendemos fundamentar nuestras opiniones o creencias, dando razones a favor de estas, toda vez que estamos convencidos de que «argumentar no es un proceso orientado a establecer nuestras opiniones o creencias, sino a determinar su fundamentación»[8]. Para ello, hacemos uso del

(6) En los últimos, incluso, se viene invitando a la sociedad civil para que participe primero proponiendo los temas sobre los cuales dictarse el Acuerdo Plenario y, luego, presente sus respectivas ponencias sobre los temas elegidos.

(7) Se prevé que los jueces pueden apartarse del precedente vinculante, pero cuando ello ocurra, con carácter obligatorio deben expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la sentencia y las razones por las cuales se apartan del precedente. Sin embargo, los jueces en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio igualdad ante la ley, solo podemos apartarnos de la doctrina legal impuesta por un Acuerdo Plenario si incorporamos nuevos y distintos argumentos jurídicos respecto de los rechazados o desestimados al momento de adoptarse el acuerdo plenario.

(8) Aguiló Regla, J. *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra-Temis, 2004, p. 165. En parecido sentido, Manuel Atienza Rodríguez enseña que «argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar» (Atienza Rodríguez, M. *Bioética, Derecho y argumentación*. Temis-Palestra, 2004, p. 15). Así también, Alfonso García Figueroa sostiene que argumentar es la «habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el derecho» (García Figueroa, 2005, p. 49).

método jurídico entendido como el conjunto de operaciones destinadas a justificar una solución jurídica considerada correcta, coherente, justa y aplicable para la solución del caso concreto.

XX. Se precisa que un alto grado de simplificación de los problemas complejos y la abstracción de situaciones particulares son el costo que se debe pagar para ocuparse de estos temas complicados en un número razonable de páginas para un manual, en vez de la escritura de enormes volúmenes, pues como pudiera esperarse, por los temas que se abordan, no se trata de un libro enciclopédico, sino que, por el contrario, se trata de un manual cuyos únicos objetivos son ser herramienta de primera mano para comenzar a conocer el complicado y nada pacífico mundo de los delitos contra la administración pública, y también constituirse en una de las herramientas eficaces para encontrar la posible solución a los casos reales que se presentan en los estrados judiciales.

XXI. En este libro, primero revisamos qué entendemos por administración pública en general; enseguida exponemos la administración pública como bien jurídico protegido genérico, luego vemos cuáles son las calidades especiales que deben reunir los agentes para ser imputados razonablemente cualquiera de los delitos contra la administración pública. También exponemos cómo es que la teoría del dominio del hecho no sirve para explicar la autoría y la participación en los delitos especiales como lo constituyen los que son objeto de estudio en este trabajo. Del mismo modo, se expone cómo es que la teoría de infracción del deber desde la óptica de Roxin sirve para identificar a los autores y a los partícipes en los delitos que atentan contra la administración pública. Abordamos también cuáles son las consecuencias jurisprudenciales de haber optado por la posición de Roxin, dejando en consecuencia de lado la opción de Jakobs. Luego, repasamos cuál es el papel que juegan los particulares (*extraneus*) que, pese a no tener relación laboral o contractual con la administración estatal, participan en la comisión de los delitos contra la administración pública. Aquí también se responde la pregunta: ¿los *extraneus* son cómplices de un delito especial como

lo constituyen los delitos contra la administración pública? O solo responden como autores o cómplices de un delito común. También se da respuesta a la pregunta: ¿al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 CP? Finalmente, efectuamos hermenéutica jurídica de cada uno de los delitos que componen el conjunto «los delitos contra la administración pública».

XXII. En esta edición hemos decidido incluir en la última parte una sección denominada «resoluciones judiciales»: 4 sentencias de segunda instancia y 5 resoluciones también de segunda instancia sobre cuestiones incidentales planteadas en el interior de un proceso penal tramitado con los principios y reglas del Código Procesal Penal de 2004. Tres argumentos primaron en nuestra decisión. Primero, demostrar a nuestros lectores la forma como los conceptos dogmáticos sobre los delitos contra la administración pública se aplican en los procesos judiciales concretos. Segundo, mostrar cómo se redacta una resolución judicial según el modelo procesal penal que recoge el Código Procesal penal de 2004. Es decir, mostrar cuáles son las partes fundamentales de la estructura de una resolución judicial y lo más importante, cómo deben redactarse. Y tercero, refutar en forma contundente algunos trabajos teóricos que circulan por ahí, que pretenden «enseñar» «cómo redactar una sentencia», elaborados por teóricos que nunca fueron jueces. Consideramos que solo el que construye o elabora resoluciones judiciales está en condiciones mínimas de enseñar a redactar una sentencia o decisión judicial. El teórico debe abstenerse de pretender enseñar al juez cómo construir una sentencia. Esto es como el fútbol: «si nunca se ha jugado y, por lo tanto, nunca se ha gozado de la gloria de hacer un gol en un partido de futbol oficial, no pretendamos luego, enseñar a hacer goles a los profesionales del futbol».

Lima, marzo de 2014

Ramiro Salinas Siccha
Juez Superior Titular de la Sala Nacional

Parte I

Cuestiones generales



1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Administrar es servir. En consecuencia, administración pública es el servicio, trabajo, labor o actividad pública que realizan determinados ciudadanos peruanos para lograr su fin último, cual es lograr el bienestar común. La administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado. Al ser la administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública, que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan al interior de una institución pública que forma parte de la administración estatal a cambio de una remuneración. Estos trabajadores reciben el nombre de «funcionarios» o «servidores públicos». En tanto que el empleador no es otro que el Estado. No importa la rama en que se desempeñen, o la función que realicen, o el rol que se le asigne en determinada institución pública; tampoco interesa su jerarquía, su nivel intelectual, todos sirven en representación del Estado a los demás ciudadanos que normalmente se denominan público usuario o público de a pie. De ahí que resulte razonable la afirmación de que los funcionarios o servidores públicos se deben al público usuario.

La administración pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y los servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades (Ferreira Delgado, 1995, p. 4). De modo que la administración pública se concibe en doble sentido: objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los agentes o sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el movimiento o la dinámica de la función

misma; y, subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias por la ley (Alessi y Baés Martínez, citados por ROJAS VARGAS, 2002, p. 8). Es obvio que los niveles, jerarquías, cargos, funciones o roles de los sujetos públicos en las instituciones públicas están debidamente delimitados por la ley, desde la constitución hasta los reglamentos e incluso directivas.

La administración pública se materializa mediante políticas públicas, que se definen como la decisión o conjunto de decisiones que toman los sujetos públicos para orientar o priorizar un propósito, un curso de acción o una acción determinada, entre las diferentes formas o alternativas posibles de aplicar, con el objetivo de modificar una determinada situación. De ahí que también las políticas públicas se instrumentalizan a través de planes, programas, proyectos, actividades, normas, instituciones, etc.

La administración pública en un Estado democrático de derecho está debidamente organizada por nuestro sistema jurídico, que lo conforman la Constitución, las leyes, los reglamentos y las directivas que deben ser observados y cumplidos por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la administración. Incluso el mismo sistema jurídico dispone expresamente que el quebrantamiento o no acatamiento de aquellas normas que protegen determinados principios y deberes, y que sirven de sustento a la dinámica misma de la administración, acarrea responsabilidad administrativa, civil o —dependiendo de la magnitud— hasta penal por parte del sujeto público.

Desde el carácter fragmentario y de última *ratio* del derecho penal, no cobran relevancia para el derecho penal toda perturbación de la actividad administrativa. El legislador siempre escoge o selecciona las perturbaciones más graves (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013, p. 16). Por este motivo, no cualquier conducta de quebrantamiento de las normas que organiza la administración pública es un hecho punible. Solo

constituirán delitos cuando así estén tipificados en nuestro Código Penal o en las leyes penales especiales, ello con base en el principio de legalidad que fundamenta el derecho penal. La explicación la encontramos en los fines de la teoría del delito que todo hombre y mujer de derecho aficionado al derecho penal debe conocer. En efecto, dos son los fines de la dogmática de la teoría del delito. El primero, habilitar la intervención del poder punitivo del Estado cuando realmente se ha cometido, por acción u omisión, una conducta catalogada previamente como hecho punible; y, segundo, —lo más importante— impedir la intervención del poder punitivo cuando la conducta activa u omisiva realizada por el agente no constituye un hecho punible porque le falta uno o varios elementos objetivos y subjetivos, que el tipo penal exige para que determinada conducta se admita como delito. Entonces, la teoría del delito se convierte en una barrera infranqueable para que el Estado por medio de sus fiscales o jueces no realice actos arbitrarios en perjuicio de los ciudadanos.

Ahora bien, solo son delitos aquellas conductas contra la administración que previamente así estén catalogadas en nuestro Código Penal o una ley penal especial. Si la conducta efectuada por el sujeto público no se subsume o no se tipifica en algún tipo penal, no será delito así esta se presente ante los ciudadanos de pie como la más reprochable moralmente. Por ejemplo, ¿será delito hacer esperar al usuario ocho horas en la puerta de la institución pública para que al final se le indique que no será atendido debido a que la hora de atención al público finalizó? Es evidente que la conducta de aquel funcionario es moral o éticamente reprochable, pero no es delito. Ese hecho moralmente reprochable no puede subsumirse en algún tipo penal de nuestro Código Penal o una ley penal especial. No obstante, tal accionar no queda sin sanción, pues el perjudicado con tal acto puede presentar su queja ante los órganos de control, quienes luego del debido procedimiento administrativo pueden llegar a sancionar al mal e insensible sujeto público. Como se sabe, la sanción más grave en un procedimiento administrativo es la destitución.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO GENÉRICO

Entendida la administración pública como toda actividad realizada por los funcionarios y los servidores públicos para poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines, nadie puede objetar, en forma razonable, que merece protección del derecho punitivo. En todo caso, parece poco plausible poner en discusión que la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y, por lo tanto, merecedor de protección penal (SUÁREZ GONZALES, 2001, p. 161). En concreto, se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, cual es el bien común.

La lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización misma del Estado. El profesor Mir Puig (2000, p. 19) enseña que el bien jurídico protegido de carácter general lo constituye «el correcto funcionamiento de la administración pública en su vertiente objetiva» de «función pública» o «servicio público» en su aspecto más bien externo. Dicho lo anterior, no entendemos por qué el español Álvarez García (2013) precisó que «afirmar que el bien jurídico es el verdadero funcionamiento de la Administración Pública, sirve para poco o para nada» (p. 42), puesto que es demasiado genérico o específico y, entonces, no es capaz de abrazar a los muy distintos ilícitos que integran el título de los delitos contra la administración pública.

De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que corresponde al Estado democrático de derecho cautelar y proteger por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que pretenden proteger.

Cualquier hecho punible que se realice por parte de los encargados (funcionarios o servidores públicos) de poner en funcionamiento la administración pública en la consecución de sus fines, la lesiona o pone en peligro en forma directa.

El normal y correcto funcionamiento de la administración es el bien jurídico protegido general que se procura cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativas que regulan las conductas delictivas recogidas en el catálogo penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas buscan proteger un bien jurídico más específico.

Como regla general, debemos señalar que, en la comisión de cualquiera de los delitos contra la administración pública, dos son los bienes jurídicos que busca proteger con la sanción penal. El primero es el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública. Este bien jurídico general es afectado por todos los delitos aquí analizados. El segundo bien jurídico que se protege es particular a cada delito. Cada fórmula legislativa que regula los delitos en particular pretende proteger un bien jurídico específico. Como se advertirá —en el análisis que se realice de cada delito—, el bien jurídico específico no es el mismo (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 922); por ejemplo, el bien jurídico específico en el delito de colusión no es igual que en el delito de peculado; el bien jurídico específico en el delito de malversación de fondos no es el mismo que en el delito de enriquecimiento ilícito, y, de igual forma, el bien jurídico particular del delito de abuso de autoridad no es el mismo que el del delito de tráfico de influencias, etc.

La singular disgregación en objetos específicos con vinculación institucional de protección penal le confiere a la administración pública, como bien jurídico-penal, su carácter supraindividual o difuso (ROJAS VARGAS, 2002, p. 10). De modo que el hombre o mujer de derecho, en un caso concreto, cuando señale el bien jurídico genérico «correcto y normal funcionamiento de la administración pública», tiene que precisar, acto seguido, el objeto específico de tutela lesionado o puesto en peligro con el comportamiento específico del sujeto público.

En este libro no se acepta ni se comparte que el bien jurídico genérico protegido, con los delitos contra la administración pública, lo conforme el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia, imparcialidad y honestidad, como lo proponen

algunos tratadistas (Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, 2000, p. 29). Como veremos, cada uno de estos principios integran bienes jurídicos específicos que son lesionados o puestos en peligro por delitos en particular, que en conjunto conforman los delitos contra la administración pública.

3. SUJETO ACTIVO CALIFICADO

Por la naturaleza del bien jurídico general y de los bienes jurídicos específicos que se lesionan o ponen en peligro, no cualquier persona puede constituirse en autor de los delitos contra la administración pública. Incluso, por la forma de redacción de las fórmulas penales, se advierte también que el autor de estos delitos debe reunir condiciones o cualidades especiales y, en no pocos casos, condiciones o cualidades especialísimas. Como resultado, es común en la doctrina denominar a estos delitos como «especiales» o de «infracción de deber». El fundamento material de la limitación de la autoría en estos delitos a determinadas personas se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre un sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función (Rueda Martín, 2013, p. 127).

En efecto, para constituirse en autor de la mayoría de los delitos contra la administración pública, el agente debe tener la condición especial de funcionario o servidor público, pero no en la medida del derecho administrativo, sino de acuerdo con el artículo 425 CP (modificado por la Ley N.° 30124, publicada en el diario oficial *El Peruano*, 13 de diciembre de 2013). En el ámbito penal, la concepción de funcionario o servidor público es mucho más amplia que en el ámbito del derecho administrativo o laboral, donde solo se considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de este.

El concepto de «funcionario» o «servidor público» previsto en el artículo 425 CP es un concepto autónomo y exclusivo del derecho penal (Mir Puig, 2000, p. 22; Roca Agapito, 2013, p. 60). Entonces, para saber desde cuándo un ciudadano peruano tiene la condición de funcionario o servidor público, para efectos del derecho penal, los pa-

rámetros del derecho administrativo no son de utilidad. Igualmente, para efectos penales, no sirven los parámetros del derecho laboral. El concepto de «sujeto público» para el derecho penal es más amplio que el regulado para el derecho administrativo o laboral, pues sus elementos son exclusivamente relativos a su origen del nombramiento o designación que ha ser por una de las vías que señala el artículo 425 CP, y, además, la participación de aquel en funciones públicas. De ahí que es razonable precisar que el artículo 425 CP solo ofrece un concepto de funcionario o servidor público a fin de aplicar la ley penal; no establece, por tanto, un concepto ontológico de validez o eficacia general para todo el sistema jurídico peruano.

> El Derecho penal tiene una conceptualización normativa amplia, abierta y propia del funcionario público, utilizable a los fines de tutela establecidas 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. (ROJAS VARGAS, 2002, p. 31)

Con referencia al sistema jurídico español, Mir Puig (2000) enseña que «lo que hace el Código penal es ofrecer una regla de interpretación del propio Código, un concepto ficticio, a los solos efectos penales de la aplicación a la Parte Especial» (p. 22).

La jurisprudencia nacional tiene claro este aspecto. Incluso, cuando entró en vigor la Constitución de 1993, algún precedente jurisprudencial argumentó que su artículo 40 había abrogado el inciso 3 del artículo 425 CP; sin embargo, se impuso la interpretación contraria. La ejecutoria suprema del 3 de agosto de 1998 (Exp. N.° 251-98-Loreto) estableció en adelante lo siguiente:

> El artículo 40 de la Constitución Política del Estado 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 su 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 N.° 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 con las leyes y dispositivos legales.

Posición reiterada se expresa en la sentencia del 28 de junio de 2016 (Cas. N.° 634-2015-Lima, Sala Penal Transitoria). Allí, invocando la Convención Interamericana contra la Corrupción, incluso se estableció que el gerente general de EMMSA es funcionario público para efectos penales y que las funciones de regulación y servicios que desarrollaba esa empresa pública integran la nación de servicios públicos. Siendo así este es sujeto activo del delito de colusión.

En suma, para conocer si al agente de un hecho punible en agravio del Estado se le puede atribuir la comisión de un delito contra la administración pública, al operador jurídico no le queda otra alternativa que recurrir al artículo 425 CP. En ocasiones será necesario recurrir a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigencia desde el 14 de diciembre de 2005, que recoge un concepto amplio de funcionario o servidor público:

> Artículo 2.- Definiciones.- 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; y 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 a toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre[1].

Concepto amplio que ha sido introducido en nuestro Código Penal, mediante la Ley N.° 30124, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de diciembre de 2013. La citada ley modificó el contenido del artículo 425 CP que establece un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores públicos para efectos penales. Luego de la modificación, el citado numeral tiene el siguiente contenido:

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 encuentra, 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.

---

(1) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 y luego en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005.

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.

Además, en nuestro sistema jurídico, por la Ley N.° 31501, publicada en *El Peruano* el 09 de junio de 2022, se incorporó en nuestro maltratado Código Penal el artículo 425-A, por el cual se legisló expresamente sobre el funcionario y servidor público extranjero:

> Es funcionario o servidor público extranjero todo aquel que, independientemente de la naturaleza del vínculo que mantenga con las entidades u organismos de un Estado extranjero, cuerpos castrenses, policiales o cualquier agencia de seguridad nacional extranjera, empresas o sociedades que estén comprendidas en la actividad empresarial de un Estado extranjero y que en virtud de ello actúan como miembro, funcionario, designado, nombrado o representante de estos, incluso si su cargo emana de elección popular. Se incluye dentro de estos alcances a quienes ejercen estas funciones o roles en los organismos internacionales.

Debemos precisar que la fuente de esta incorporación es el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005:

> 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 perti-

> nente 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.

Por lo demás, con la modificación introducida por la Ley N.° 30124, para efectos penales, la condición de funcionario o servidor público se inicia o comienza desde el momento en que el ciudadano peruano es designado por la autoridad competente para un cargo público; también desde que se es elegido para ejercer un cargo público, o desde que es proclamado por autoridad competente luego de ser elegido para ejercer un cargo público. No es necesario que asuma realmente el cargo o que juramente previamente. Estos últimos aspectos solo son tomados en cuenta para la adquisición de los derechos laborales, como, por ejemplo, para el pago de remuneración o salario.

El mismo criterio sirve para el funcionario y servidor público extranjero. Se considera como tal a todo ciudadano (peruano o extranjero) que, independientemente de la naturaleza del vínculo laboral que mantenga con las entidades u organismos de un Estado extranjero, y que en virtud de ello actúe como miembro, funcionario, designado, nombrado o representante de estos, incluso si su cargo emana de elección popular. Y para que no quede duda, se prevé que se incluye dentro de los alcances antes anotados «a quienes ejercen estas funciones o roles en los organismos internacionales».

Además, para efectos de la ley penal, consideramos que es acertada la posición del Tribunal Constitucional en la sentencia del 16 de abril de 2015, caso Huatuco, al precisar que «la condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado» (STC Exp. N.° 5057-2013-PA/TC). En efecto, para el derecho penal, se considera funcionario o servidor público a todo aquel ciudadano peruano mayor de 18 años que, independientemente del régimen laboral, mantiene vínculo de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Lo importante es acreditar que desempeña alguna función en alguna entidad pública. «El elemento del ejercicio de la función pública debe ser entendido como la actividad, revestida de potestades públicas, orientada al bien común» (García Cavero, 2022, p. 40). A falta de documento, se impone el principio de supremacía de la realidad, ello significa que, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente posible referirnos al sujeto público de hecho como luego se verá. Parecido criterio se impone para el funcionario o servidor público extranjero.

3.1. Concepto de funcionario y servidor público

El concepto de «funcionario público» requiere una dirección u orientación, además de una responsabilidad en el desempeño de un cargo de naturaleza pública. El funcionario público ejerce autoridad en la gestión pública de la administración; y, como persona física, encarna un determinado órgano o ente del Estado, o aquellas personas cuyas decisiones representan la voluntad de un órgano o ente administrativo (la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 1361/2011-CF, ingresado al Congreso el 25 de julio de 2007). Aquí se propuso la modificación del artículo 425 CP para adecuarlo a los tratados internacionales contra la corrupción, esto es, se proponía que, para efectos penales, se tenga como funcionario o servidor público desde la elección o desde su designación por autoridad competente, como finalmente se estableció por la Ley N.° 30124.

De modo que funcionario público es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última. El funcionario público planifica y decide los objetivos y metas de la institución pública donde trabaja. Normalmente, el titular del pliego de las instituciones públicas está representado por un funcionario público. El titular del pliego es la más alta autoridad ejecutiva de una entidad pública. Es el responsable de la Gestión presupuestaria de la misma, está, por tanto, encargado de dictar los lineamientos de priorización de los gastos a fin de garantizar el cumplimiento de las metras programadas de acuerdo con los objetivos institucionales que él mismo establece para el año fiscal.

En tanto que servidor público es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios (Reyna Alfaro, 2013, pp. 73 y ss.). Su misión consiste en realizar diariamente las tereas que le asignan, cumpliendo órdenes que les tramiten sus superiores que normalmente son los funcionarios públicos. O cumpliendo funciones previamente establecidas en el manual de funciones que existe en toda dependencia del Estado.

No debemos obviar que los servidores públicos tienen su cuota de poder al interior o dentro del Estado. Deciden cómo hacer las tareas o funciones diarias que se les asignan. Por ejemplo, el servidor que trabaja en la mesa de partes de los módulos de justicia tiene el poder de decidir si recibe o no la demanda que el justiciable pretende ingresar. No obstante, ese poder no es de la magnitud de planificar y tomar las grandes decisiones sobre la marcha de la institución pública que solo lo tienen los funcionarios públicos como se tiene dicho.

Por tanto, la diferencia entre funcionario y servidor público es verificable y sirve para graduar la pena a imponer. Por ejemplo, si en un proceso penal son acusados por colusión un funcionario y un servidor público, el primero merecerá mayor sanción penal que el segundo, de ser encontrados responsables luego del juicio oral. La conducta del funcionario es más reprochable penalmente que la del servidor público, por el rol de dirección y conducción de la institución pública en la cual presta servicios. A diferencia del servidor público cuyo rol dentro de la institución es secundario. De ahí que no es de recibo el argumento que ensayó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, cuando en la sentencia casatoria del 27 de marzo de 2023 (Casación N.° 1095-2021-Nacional), por mayoría y tomando como referencia a Vílchez Chinchayán, precisó que «pese a que en la redacción de los tipos penales se haga mención además del funcionario público al servidor público, y se establezca doctrinalmente una definición, para el derecho penal peruano ambos términos se pueden utilizar indistintamente».

Los funcionarios y servidores públicos están sujetos a las siguientes obligaciones: cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público; prestar los servicios de forma exclusiva durante la jornada laboral, salvo labor docente, la cual podrá ser ejercida fuera de la jornada laboral; salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos, destinándolos solo para la prestación del servicio público; percibir en contraprestación solo lo determinado en el contrato de trabajo y las fuentes normativas del empleo público; actuar con imparcialidad, omitiendo participar o intervenir por sí o por terceras personas, directa o indirectamente, en los contratos con su entidad en las que tenga interés; observar buen trato y lealtad hacia el público en general, hacia los superiores y compañeros de trabajo; presentar declaración jurada anual de bienes y rentas, así como al asumir y al cesar en el cargo, entre otros.

Para efectos penales, en algunos delitos contra la administración pública, aparte de tener aquella condición especial, se exige que el autor tenga una relación funcional específica con el objeto del delito dentro del entramado de la administración pública. Si por ejemplo, en un caso concreto de peculado, el agente del comportamiento ilícito de

sustracción indebida de efectos o caudales públicos solo tiene la condición de funcionario o servidor público sin tener la relación funcional especial de administrar, custodiar o percibir los efectos o caudales de la administración, el delito de peculado se descarta conduciéndose la calificación del comportamiento delictivo a otra figura penal, algo parecido sucede con los delitos de malversación de fondos, colusión y negociación incompatible.

4. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Otro aspecto problemático de los delitos especiales como son la mayoría de los delitos contra la administración pública lo constituye el saber identificar o determinar quiénes son autores y quiénes son cómplices en la comisión del delito especial cuando en él intervienen más de dos sujetos.

Para Roxin, en los delitos comunes, el legislador describe el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible. En ellos, es autor quien domina el hecho descrito en el tipo: aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 27). El punto de referencia para la determinación de la relación de dominio es, pues, la descripción del tipo penal. Roxin ha llamado a estos delitos «de dominio del hecho».

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, entonces el dominio es sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales (SCHÜNEMANN, 2006, p. 286). De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo o, dicho de otra manera, es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal.

En cuanto al dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son

expresiones del concepto tipológico (typus) de la teoría del dominio del hecho (SCHÜNEMANN, 2006, p. 287). Aquí se sostiene, tal como enseña Roxin, que son los tipos penales de la parte especial de los códigos penales que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción.

De modo que es común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. Dominio del hecho significa «mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico» (Maurach, citado por WESSELS et al., 2018, p. 360). El dominio del hecho, según esta teoría, se manifiesta, a su vez, de tres maneras: a) como dominio de la acción propia del individuo (autoría directa); b) como dominio de la voluntad, del conocimiento o de la organización de un tercero utilizado como instrumento o intermediario humano por parte del hombre de atrás (autoría mediata); y c) como dominio funcional del hecho, hecho que es ejecutado juntamente con otros que actúan mediante un reparto de roles (coautoría) (WESSELS et al., 2018, p. 360; ABANTO VÁSQUEZ, 2014, p. 378). Esta última categoría exige tres requisitos: «Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer» (Ejecutoria suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. N.° 1199-99-Cañete).

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación es la incitación o el apoyo, sin el dominio del hecho, de un hacer o de una omisión ajenos (WESSELS et al., 2018, p. 363). La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio a la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Esto quiere decir que sin la participación del partícipe no se hubiese realizado el delito, puesto que esta es imprescindible para la comisión del delito. Mientras que la partici-

pación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito. Entonces, es secundaria la participación cuando, con o sin la intervención del partícipe, igualmente se hubiese cometido el delito. Podemos decir que la participación primaria es insustituible; en cambio, la secundaria es sustituible.

La participación también está prevista en el artículo 24 CP que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito. Se materializa cuando se hace nacer en otro la resolución criminal. Este otro no tenía pensado y menos planificado cometer un delito; no obstante, se presenta el agente y por medio de la instigación le hace nacer la resolución de cometer determinado delito.

Así, autor es quien ostenta el poder de controlar el desarrollo de todos los acontecimientos; mientras que partícipe es quien, por exclusión, tiene un peso de intervención de menor grado, accesorio o secundario en relación con el autor (CARO JOHN, 2015, p. 23). La relación entre autor y partícipe es de dependencia: el partícipe depende del autor. En suma, no hay partícipe si previamente no existe autor.

Todo lo expuesto, en resumen, es la postura de la teoría del dominio del hecho del profesor Roxin (2007, p. 470). Resulta necesario enfatizar que se trata de la teoría del dominio del hecho sustentada por Roxin, toda vez que Jakobs desarrolla otra teoría y ha calificado al concepto de dominio del hecho como una «forma amorfa» (SCHÜNEMANN, 2006, p. 280).

Teoría a la cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. Teoría que pretende otorgar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación en los delitos comunes. Teoría que por lo demás es dominante en la ciencia penal alemana (SCHÜNEMANN, 2006, p. 281; WESSELS et al., 2018, p. 362).

Consideremos ahora formular las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el título de imputación de los particulares que cometen el delito ha pedido o sugerencia del sujeto público obligado?

2. ¿Cuál es el título de imputación de los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?
3. ¿Cuál es el título de imputación del particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?
4. ¿Cuál es el título de imputación del particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿Cuál es el título de imputación del funcionario o servidor público que sin tener relación funcional alguna, participa junto con un sujeto público obligado en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

Si se responde de acuerdo con la teoría del dominio del hecho la primera pregunta, seguramente llegaremos a sostener que los particulares serán autores directos y los sujetos obligados autores mediatos. La respuesta no resulta razonable, toda vez que los particulares, al no tener la condición de funcionario o servidor público que exige el tipo penal —y, por lo tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por el tipo penal—, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. En consecuencia, se opone frontalmente el principio de legalidad, fuente del derecho penal.

Por su parte, si respondemos la segunda pregunta de acuerdo con los parámetros de la teoría del dominio del hecho, para ser coherentes, debemos concluir que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse porque los particulares, al no tener la condición de funcionarios o servidores públicos que exige la ley penal —y, por lo tanto, el deber especial penal impuesto por la ley penal—, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial y menos coautores.

Asimismo, responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho implica sostener que los particulares o extraños a la administración pública son autores mediatos o instigadores del

delito realizado. No obstante, tal respuesta es absurda, pues el particular, al no tener la condición de funcionario o servidor público —y, por lo tanto, el deber especial penal impuesto por la ley penal—, no puede ser autor mediato.

Si para responder la cuarta pregunta utilizamos los parámetros dogmáticos de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público en la comisión del delito sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor. Sin embargo, como luego se analizará, aquí se trata solamente de cómplices. No puede diferenciarse entre cómplice primario o secundario.

Finalmente, responder la quinta pregunta con la teoría del dominio del hecho, significaría que los funcionarios o servidores públicos sin relación funcional que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen un deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores. Aquellos, a lo más, podrán ser cómplices del delito.

Podemos concluir, razonablemente, que para determinar las cuestiones de autoría y participación en los delitos especiales o de infracción de deber, como son la mayoría de los delitos contra la administración pública, en absoluto sirve la teoría del dominio del hecho. Para ilustrar mejor, si en el hecho delictivo participan personas con cualidades diferentes a las indicadas en el tipo penal, así estos tengan el dominio del hecho, no pueden ser autores del delito, caso contrario resultaría una extensión de la punibilidad en clara lesión o afectación al principio de legalidad. Pero, cuidado, esto de ninguna manera significa crisis u ocaso de la teoría del dominio del hecho, como alega Jakobs. No podemos concluir que «el obrar con el dominio fenomenológico del hecho no fundamenta directamente ninguna autoría, porque el dominio sin una referencia al ámbito de competencia (por organización o institucional) del interviniente es pura naturaleza, irrelevante para el Derecho penal» (Caro Jhon, 2021, p. 62).

Roxin lo sostuvo desde 1963: el criterio del dominio del hecho no es un principio universal para determinar la figura central del suceso, ni, por tanto, la autoría. Antes bien, respecto de algunos tipos penales, el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 29). Para estos tipos penales, que Roxin ha denominado *delitos de infracción de deber*, el dominio del hecho es irrelevante(2).

En definitiva, al igual que Jakobs, Roxin establece una clasificación bifronte de los delitos: delitos de dominio, también por Jakobs denominados *de organización*, y delitos de infracción de deber. Las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la imputación.

En los delitos de dominio, según el funcionalismo radical, se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; mientras que en los de infracción de deber, a causa de una relación de carácter institucional, de responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico. Son dos motivos diferentes: la imputación como consecuencia de la relación sinalagmática «libertad de organizar versus responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice», y la imputación con causa en ciertas instituciones, cuyo fundamento reside en que poseen el mismo peso que el sinalagma citado. Aquí existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 38).

La autoría y la participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho (quantum de lo organizado); en cambio, en los delitos de infracción de deber —en

(2) En el libro *Taterschaft und Tatherrschaft* de 1963 aparecen diferenciados los delitos de dominio del hecho y los de infracción de deber En esta obra jurídica, en su sétima edición alemana, fue traducida al español por los profesores Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, con el título *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (ROXIN, 2000). En igual sentido, SUÁREZ GONZALES (2001, p. 152), SÁNCHEZ-VERA (2002, p. 29), ROBLES PLANAS (2003, p. 226), SCHÜNEMANN (2006, p. 287), PARIONA ARANA (2011, p. 69), CARO JOHN (2010, p. 64; 2015, p. 24) y ABANTO VÁSQUEZ (2014, p. 386).

idéntico sentido que Roxin— la autoría la constituye la lesión del deber. Sin embargo, de acuerdo con Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además, y, sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico-penal. El especialmente obligado deberá responder, en principio, como autor. La incumbencia del obligado respecto del suceso no viene delimitada por la regla de si dominó o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial estatus del sujeto (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 39). En este tipo de delitos, como ya se mencionó, el dominio del hecho es intrascendente.

En cuanto a la dogmática de los delitos de omisión, Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción y aquella otra por omisión. En el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo —como en el delito de organización—, sino que ya existiría con anterioridad a este, y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 40).

De esa forma, en la mayoría de los delitos contra la administración pública no cualquier ciudadano puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal correspondiente, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos, además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto el ciudadano que ha cometido un acto, por ejemplo, de defraudación para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá ser autor de un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica del sujeto público con el bien objeto del delito, no será posible atribuir a cualquier funcionario o servidor público la comisión del delito de que se trate, como, por ejemplo, el delito de colusión, peculado, malversación de fondos o negociación incompatible.

Hasta aquí queda claro que la teoría de dominio del hecho o de organización no sirve para saber quién responde como autor y quién como cómplice de un hecho punible especial cuando en él intervienen más de dos sujetos. Por el contrario, preliminarmente, podemos ase-

verar que, en la doctrina mayoritaria y en la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de la mayoría de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada por Roxin, cuyos planteamientos es necesario conocer. Decimos «la mayor parte» debido a que dentro de los delitos contra la administración pública existen delitos comunes, de dominio o de organización, como, por ejemplo, los delitos de tráfico de influencias, cohecho activo genérico, cohecho activo específico, etc.

Aun cuando, como nos da cuenta Abanto Vásquez (2014, p. 397), en Alemania hay más autores que aceptan total o parcialmente la admisibilidad y los alcances de la tesis de Roxin, en la doctrina alemana todavía continúa la discusión. No obstante, el mismo Roxin (2016, p. 309) señala que, por diversas tesis doctorales, así como por los trabajos de Schünemann y Jakobs, «el derecho de existencia de los delitos de infracción del deber no puede seguir siendo puesto en duda como grupo delictivo autónomo». Por nuestra parte, consideramos que la discusión de modo alguno va a concluir, pues de eso se trata el avance de la ciencia penal. Y el intercambio de puntos de vista es lo que hace que el derecho vaya evolucionando para tratar de encontrar mejores fórmulas de interpretación de los tipos penales. No debemos obviar que, como sostenía Dworkin, el centro del derecho es la interpretación jurídica.

5. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Respecto de los delitos de infracción de deber, que lo constituyen la mayoría de los delitos contra la administración pública, en la dogmática penal se han planteado variantes; no obstante, desde nuestra perspectiva jurídica, solo tres son las más representativas, las mismas que pasamos a exponer en forma breve sus ideas centrales.

5.1. La teoría de infracción de deber

Es usual sostener que la teoría del dominio del hecho no sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos de infracción de deber, pues en estos no necesariamente el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo es el aútor.

En los delitos funcionariales, desde nuestra perspectiva dogmática, para conocer quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el derecho penal por Roxin en 1963 junto a la teoría de dominio del hecho. El profesor alemán inició su exposición sobre los delitos de infracción de deber señalando que si, por ejemplo, alguien determina —dado los requisitos de la tortura— a un funcionario a realizar torturas, tiene el dominio del hecho; sin embargo, no es autor de las torturas, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario público como sujeto del delito (Roxin, 2000, p. 385). Calificar como autor a un no funcionario, incluso a un no funcionario con dominio del hecho, resultaría una extensión de la punibilidad en claro disenso con el principio de legalidad (SÁNCHEZ-VERA, 2000, p. 28). El tipo penal señala en forma específica qué condiciones o cualidades debe poseer el autor. Nadie más que aquel puede constituirse en autor o personaje central del delito de que se trate. Aquellos que no tienen las condiciones o cualidades que exige el tipo penal, también responden penalmente por el delito, pero jamás como autores.

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción de deber». Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de los delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de «delitos contra la administración pública», en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión: «Aquí son irrelevantes

el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado» (ROXIN, 1997, p. 338). En el mismo sentido, Jakobs (1997, p. 791) grafica este aspecto con el siguiente ejemplo: «El autor que da a un tercero un consejo exitoso de cómo esta tercera persona puede sustraer el patrimonio que aquél tutela, es autor de administración desleal, aun cuando, en el momento de la sustracción, a él le faltara el dominio del hecho». Con ejemplo parecido, Roxin (2000, p. 394), también citado por Pariona Arana (2011, p. 72).

«Es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, producido del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho» (ROXIN, 2000, p. 391). «En estos delitos lo relevante no es —lo haya— el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva» (SÁNCHEZ-VERA, 2003, p. 275). De ahí que podemos conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social y, de ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos. Antes de expresar este concepto, el profesor Roxin (2016, p. 323) insistía en «continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie a tomar como referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría».

En concreto, los delitos de infracción son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que *en los delitos especiales* los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto

público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.); en tanto que *en los delitos comunes o de dominio* los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, el derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, el derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etc.)

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un «deber especial de carácter penal» que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados por la própia fórmula legislativa, los cuales al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos. En relación con el principio de legalidad, autores de los delitos de infracción de deber solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige; por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 CP) o colusión (art. 384 CP) solo pueden ser autores los ciudadanos peruanos que tienen la condición de funcionario o servidor público, nadie más que ellos pueden ser autores. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. Este delito no puede ser cometido por un servidor público, obviamente debido a que no tiene autoridad. Nadie puede lesionar, en calidad de autor, lo que no posee o no tiene.

De modo que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. En los delitos contra la administración pública, los sujetos calificados tienen el deber especial impuesto por la ley de lealtad, honestidad, veracidad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En efecto, si el sujeto calificado con su conducta afecta alguno de estos deberes especiales, es posible que se convierta en autor de un delito funcionarial, siem-

pre —claro está— que tal conducta esté tipificada como delito en el Código Penal o en una ley penal especial de acuerdo con el principio de legalidad, fundamento último del derecho penal.

En los delitos especiales, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal (PARIONA ARANA, 2011, p. 79). Por un lado, autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial. Por otro lado, partícipe será quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene; por ejemplo, al no trabajar para la administración pública, no tiene deber especial alguno. Aquí resulta necesario precisar que aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solos y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley, sino que están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado. Asimismo, son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. En efecto, existen deberes sobre los cuales se organiza la administración pública y otros principios o deberes que sustentan su propio funcionamiento. Recuérdese que administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar y funcionar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del derecho penal, el Estado mismo es inviable. El Estado se desintegra. En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él. De modo que, si en la comisión de un delito funcionarial participan varias personas, solo serán autores, en general, quienes trabajan para el Estado, debido a que tienen el deber especial de cautelar y fomentar el normal y recto funcionamiento de la administración pública; en tanto que los demás participantes en la comisión del mismo delito solo serán cómplices, puesto que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar.

No obstante, en los delitos especialísimos (como colusión, peculado, malversación de fondos, negociación incompatible, etc.) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos que tienen una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito; mientras que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices. En tal sentido, consideramos como delitos especialísimos a aquellos en los cuales para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcionarial de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos. Nadie más que ellos pueden ser autores. En consecuencia, si en un hecho en concreto de peculado participan también funcionarios o servidores que no tienen aquella relación funcional, responderán por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices.

De esa forma, en el hecho de sustracción de dinero de una municipalidad, realizado por dos funcionarios públicos (el alcalde y el regidor de limpieza pública), solo será autor el alcalde, porque aparte de ser funcionario público tiene la competencia funcional específica de administrar los fondos públicos de la comuna, en cuanto es titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza pública solo responderá como cómplice del delito, ya que, si bien también es funcionario, no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (fondo público). En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito. En este sentido, las salas penales de la Corte Suprema, en el

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, estableció como doctrina legal lo siguiente:

> 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 lo 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 (F.6, acuerdo plenario del 30 de setiembre de 2005).

El profesor Roxin (2000, p. 387) enseña que se trata de deberes que no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho vigente, como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado; los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos; los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones; las obligaciones civiles de prestar alimentos, y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo de deberes. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, en aras de esta obligación, los considere como figuras centrales de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Continúa Roxin (2016, p. 310), la razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido al interior del Estado. Estos son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales. Aquí es necesario precisar que Roxin se refiere a todo tipo de deberes especiales, no solamente a los deberes funcionariales.

En otro extremo, de acuerdo con esta postura de la teoría de los delitos de infracción de deber, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño a la administración) llevarse los caudales existentes en la municipalidad donde trabaja, y dispone que su compadre ingrese a la tesorería y se lleve el dinero mientras él distrae a los trabajadores de la tesorería, el *intraneus* (funcionario) será el autor y el hombre extraño será solo cómplice (no infringe deber alguno). «Partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial [...] fundamentador de la autoría» (ROXIN, 2000, p. 397). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. Es más, según el profesor Caro John, en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos «los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor» (2010, p. 87).

El *intraneus* es aparentemente un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la acción típica «a través de otro», infringiendo personalmente su deber especial. No hay inconveniente en hablar aquí por motivos meramente didácticos de autoría mediata, es decir, de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Solo para fines didácticos, toda vez que si un obligado especial (*intraneus*) utiliza a un tercero, *extraneus*, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho como se verá más adelante. En otros términos, el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante (SÁNCHEZ-VERA, 2003, p. 284).

Por lo demás, decimos «aparentemente» debido a que el obligado especial responde siempre como autor con independencia de la diferenciación fenomenológica (autor directo, autor mediato o coautor). En cambio, aunque tenga el «dominio del hecho», el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro (PARIONA ARANA, 2011, p. 71).

Una importante característica de los delitos de infracción de deber lo constituye la circunstancia de que se puede ser autor, sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho (ROXIN, 2016, p. 306). La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante —con o sin dominio del hecho— o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado (SÁNCHEZ-VERA, 2003, p. 282). Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos especialísimos. Autor será aquel o aquellos sujetos públicos que tienen relación funcional con el objeto del delito tal como exige el tipo penal, en tanto que serán solo cómplices aquellos agentes públicos que no tienen relación funcional. La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial, hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización del Estado.

Esta teoría contribuye decisivamente a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y presuponen deberes especiales de carácter penal. Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los *extranei* solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores) (FEIJOO SÁNCHEZ, 2013, p. 29). La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llega la teoría que se basa en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos (PARIONA ARANA, 2006, p. 770). Por su parte, Abanto Vásquez (2014) concluye que la tesis de Roxin de «la infracción de deber» se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales» (p. 408).

5.2. Los delitos especiales de garantes

El profesor Bernd Schünemann ha planteado una vertiente parecida de los delitos de infracción de deber que aquí se defiende, la misma que en los resultados prácticos coincide en lo central con los planteamientos de Roxin (2016, p. 313). En este trabajo, Roxin precisa que se trata tan solo de variantes fundamentadoras —que por cierto no dejan de tener importancia práctica— y que necesitan mayor discusión (2016, p. 323). Debe quedar precisado que, para Bernd Schunemann, el suceso delictivo es la expresión de la decisión tomada por el autor de qué es lo que ha de pasar en su ámbito de dominio y qué no, esto es, en la terminología del autor, estamos ante un «dominio sobre el motivo del resultado». Esto dominio supone siempre un dominio actual que se caracteriza por un movimiento corporal propio o por una dominación ya preexistente de un determinado ámbito social (o una fuente de peligro o un bien-objeto jurídico desamparado). Con base en esto se pregunta Schunemann por las necesidades político-criminales que podría mover al legislador a estatuir delitos de infracción de deber, y su respuesta es de rechazo absoluto a esta categoría de delitos, por considerarlos superfluos dogmáticamente (Sánchez- Vera, 2002, p. 154).

No obstante, Schünemann se resiste a utilizar la denominación de «delitos de infracción del deber» y, en cambio, prefiere la de «delitos especiales de garantes» (Schünemann, 2006, p. 293). En estos delitos la posición del autor consiste en una posición de garante penal. Según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así, por ejemplo, sostiene Schünemann, no se trata de quién posee la posición de dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte. Según el citado profesor, con el ejemplo se puede demostrar el parentesco entre los delitos impropios de omisión con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales, por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha asumido del dueño la tarea de vigilar al animal, y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber

de Derecho Público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, posee el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia (SCHÜNEMANN, 2006, p. 294). Así, es autor idóneo, —sigue afirmando el profesor Schünemann— lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro.

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Esto es evidente en los delitos funcionariales, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (SCHÜNEMANN, 2006, p. 295). De ahí que, para Schünemann, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión, y más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse «delitos especiales de garantía». Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico —por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio— y, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, como el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas (por ejemplo, el dueño de una instalación peligrosa que daña el medio

ambiente). Aquí no es el deber del derecho público el criterio decisivo, ello solo representa una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del derecho público, sino la posesión del dominio mismo, que puede trasmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo, sigue afirmando Schünemann, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido del control sobre un ámbito social (SCHÜNEMANN, 2006, p. 298). Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.

Podemos coincidir con Schünemann en que es plausible su razonamiento cuando se trata de conductas omisivas como el propuesto del perro peligroso; sin embargo, cuando estamos frente a conductas de comisión, aquel razonamiento no rinde, puesto que, en el momento en que el funcionario público sustrae los fondos estatales —o acuerda o pacta con los interesados para defraudar al Estado, o da o dispone para un destino definitivo diferente a los caudales que administra, por ejemplo—, difícilmente podrá interpretarse que el agente público actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se trata más bien de conductas de comisión en las cuales la autoría está limitada a personas que están vinculadas con deberes en su condición de sujetos públicos (véase con ejemplos diferentes ROXIN, 2016, p. 319), y no necesariamente al dominio sobre el suceso como para equipararle al dominio del hecho de los delitos de comisión. En este tipo de delitos, no es suficiente el dominio sobre el suceso sino aparte de tener aquel dominio, se exige la existencia de deberes especiales en la protección del objeto del delito. De ahí que la vulneración o afectación de aquellos deberes especiales que fundamenta la autoría.

En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona (sujeto público, por ejemplo) no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente

de peligro o de una relación de protección, responderá siempre como autor de la conducta, solo si se verifica que con su actuar lesionó un deber especial penal que surge precisamente del dominio del control. De ahí que el profesor Roxin (2016, p. 320) concluya que el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento fundamentador de la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control. El siguiente ejemplo, citado por Roxin, grafica lo expuesto: cuando en un taller resulta lesionado por imprudencia un trabajador, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones, si se llega a verificar que parte de tener el control del negocio, infringió algún deber especial, como, por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes al interior del negocio, es imposible que en nuestro sistema jurídico responda penalmente por las lesiones imprudentes ocurridas, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. Y ese plus no es otra cosa que verificar si en el caso en concreto, el agente infringió algún deber especial. De ese modo, el profesor Roxin (2016, p. 320) concluye que el elemento del dominio del control no es superfluo, sino que es desplazado del centro de la fundamentación de la autoría.

En los delitos funcionariales, como sostiene Schünemann, es cierto que los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición y, por tanto, ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias. En consecuencia, ellos están sometidos a un control penal más estricto. No obstante, también es cierto que, por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener la competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Entonces, si no se lesiona algún deber, por más que se

verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de fundamentar la autoría. En efecto, si en una institución pública existen dos administradores de los fondos públicos, solo será autor del delito de peculado aquel funcionario que, aparte de tener dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, infringió su deber de no lesionar el patrimonio del Estado, y se apropia de parte o del total de los fondos públicos. En cambio, al otro funcionario con igual dominio, debido a que no lesionó aquel deber porque no participó en la apropiación de los fondos, no será posible hacerle responder en calidad de autor por delito alguno. En otros términos, se sabe que en las municipalidades normalmente existen dos administradores de sus caudales, el alcalde que se constituye en el titular del pliego y el jefe de economía (tesorero). En un caso en concreto, luego de la investigación del delito, se llega a la conclusión de que el titular del pliego se ha apropiado de parte del patrimonio de la municipalidad, con total desconocimiento del tesorero. Aquí solo responderá como autor de peculado el titular del pliego. Y esto es así porque, si bien los dos (tanto alcalde como tesorero) tenían o tienen en la municipalidad el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, solo el alcalde realizó la conducta prohibida por el artículo 387 CP, y de ese modo quebrantó el deber impuesto por la ley penal cual es el deber de no lesionar el patrimonio estatal.

En parecido sentido ocurre con el delito de colusión. Por ejemplo, en el caso de tres funcionarios públicos que conforman la comisión especial de licitación, si luego de la investigación se determina que solo uno de ellos concertó o pacto con el tercero interesado para defraudar patrimonialmente al Estado, solo él responderá como autor del delito de colusión previsto en el artículo 384 CP; en cambio, los otros dos no responderán por delito alguno, pese a que es evidente que aunque son miembros de la comisión de licitación tuvieron objetivamente el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o, en todo caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado. Por supuesto,

solo el que se concertó con el tercero interesado será autor, debido que aparte de tener alguno de los dominios que alega el profesor Schünemann, lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y dar trato justo a los proveedores.

Finalmente, debe precisarse que los deberes duran más o van más lejos que la relación de dominio sobre la causa del resultado. Así, cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llaves, en caso que el niño muriera de hambre, ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. El otro caso es el de los padres que se van al cine, mientras que sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda?, ¿quién es responsable? Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendrá que ser el que todavía subsiste su deber de vigilancia, y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad alguna a los padres, mientras que su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido (Roxin, 2016, pp. 321-322).

Lo cierto es que la afirmación de Schunemann, de que la posición especial, por ejemplo, de los padres escondería tras de sí un particular «dominio sobre el desamparo de la víctima», encierra a la vez un reconocimiento de un deber especial o, dicho de un modo más exacto, encierra a la vez el reconocimiento del deber especial positivo que está en la base de los delitos de infracción de deber. Solo así encuentra una explicación lógica de por qué la «relación de dominio» de los padres está todavía vigente en el momento de la comisión del hecho. Una situación de desamparo de la víctima (de los niños) no fundamenta ningún tipo de dominio. Y es que Berd aplica de facto un concepto de dominio del hecho allí donde efectivamente concurre un delito de infracción de deber. Pero entonces, a diferencia de lo que Schunemann pretende, no se trata ya de un dominio del hecho. Es cierto que hay una institución (Sánchez-Vera, 2002, p. 158) que —en palabras de Schunemann— se dirige a «compensar la debilidad constitucional

o parcial» de los menores —a saber, la institución paterno filial—, pero esta fundamenta precisamente un delito de infracción de deber y no un delito de dominio. Schunemann habla del «caso especial de la relación madre-hijo» y admite que, «según nuestro ordenamiento familiar, el dominio se prolonga tras el nacimiento». En definitiva, lo relevante a la postre es el ordenamiento familiar y no el dominio del hecho (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 159).

Por nuestra parte, respecto de los delitos funcionariales, podemos citar el delito de peculado culposo: la cajera (percibidora) de una empresa pública, al recibir una llamada de su casa que le hacían saber de una emergencia ocurrida a su hijo menor, salió corriendo de su oficina dejando todo lo recaudado del día en el cajón de su escritorio. Al día siguiente, al revisar su escritorio, no encontró el dinero debido a que había sido sustraído. Probados así los hechos, la cajera será autora del delito de peculado culposo previsto en la última parte del artículo 387 CP, toda vez que, si bien es cierto no tenía el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, lesionó su deber funcional de dejar en la caja fuerte o entregar al tesorero lo recaudado del día. Al incumplir su deber, dio ocasión a que terceros sustraigan los caudales estatales.

En suma, ese plus al dominio puesto en evidencia, fundamenta la autoría y es lo característico de los delitos de infracción de deber desde la posición de Roxin.

5.3. Los delitos de infracción de deber por competencia institucional

Por otro lado, bien sabemos que, aparte de Roxin y Schünemann, el profesor Jakobs (1997, p. 1028), quien reconoce que el grupo delictivo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin, también ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber, pero con contenido totalmente diferente. Para efectos del presente trabajo, no se sigue los planteamientos de Jakobs, pese a que, como sostiene el profesor Caro John (2010, p. 71; 2015, p. 25), la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dog-

mático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del derecho penal, en los últimos veinte años, ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber.

Esta concepción difiere de los planteamientos efectuados por Roxin en seis puntos importantes. *Primero*, Jakobs extiende la categoría de los delitos de infracción de deber a los delitos comunes cuando estos son realizados por garantes: «el matar al propio hijo menor de edad implica para los padres un delito de infracción del deber, de manera que siempre habrá autoría sin analizar la existencia o medida de intervención», o «el marido que entrega los medios para que se mate a su mujer, es autor» (JAKOBS, 1997, p. 1028).

En efecto, Jakobs amplía el contorno de los delitos de infracción de debe a todos los casos en los que se constate la concurrencia de una institución o, lo que es lo mismo, en los que el autor sea un obligado especial. Ejemplo: el padre que facilita al asesino de su hijo (del padre) un cuchillo no es un mero cómplice de un homicidio o asesinato (Roxin), sino autor de este, puesto que mediante su comportamiento ha quebrantado su deber de cuidado institucional (patria potestad), además de transformar un simple delito de homicidio en un delito de infracción de deber. Al ser este último, el padre siempre será autor. Su lesión del deber fundamenta su responsabilidad como autor, sin que haya de tenerse en cuenta que el dominio del hecho estaba en manos de un tercero. Los delitos de infracción de deber, para Jakobs, son no solo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber positivado (por ejemplo, un delito de funcionario), sino toda forma de conducta que lesiona una institución, y, en verdad, también —aunque el tipo de la Parte especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común—, por ejemplo, el delito de homicidio. Resumiendo: los tipos formulados como delitos comunes y no especiales se convierten siempre en delito de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial, en otras palabras, un garante en virtud de una institución (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 44).

Segundo, Jakobs restringe el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que él denomina las «competencias institucionales». Un ejemplo de competencia institucional que fundamenta la autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: «la policía es... garante en la protección ante la delincuencia»; «el policía que no impide la inducción a un delito... es autor del delito». Según su teoría, los deberes de la competencia organizacional (por ejemplo, los deberes de seguridad en el tráfico), en caso de ser infringidos, no llevan sin más a la autoría: «quien solamente es garante de que objetos peligrosos no estén al alcance de otros o que se aseguren objetos en peligro... será por regla general únicamente un cómplice».

Tercero, la concepción normativista no reconoce como delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor «le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante», o porque otra persona «es única... que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante». Según Jakobs, deberes aislados, como, por ejemplo, el deber que tiene un deber son sus acreedores, no fundamentan un estatus específico —no se basan en una institución—, por lo que no conducen, en definitiva, a un delito de infracción de deber. La condición de deudor no convierte delito alguno —tampoco un delito de omisión (Roxin)— en un delito de infracción de deber, puesto que tal condición no proviene de la conexión con alguna institución. Existe tan solo un *estatus* en el sentido del delito de infracción de deber, cuando el deber sancionado es parte de una institución (estatus de soldado, funcionario, padre, etc.) o en su caso cuando el deber incluye al obligado en una institución (ejemplo, el estatus de testigo o el estatus de ayudante en el delito de revelación de secretos confiados debido al cargo). En consecuencia, Jakobs distingue entre delitos de infracción de deber y delitos especiales con el siguiente razonamiento: la ordenación de un delito como de infracción de deber o simplemente como especial depende de si el tipo sencillamente limita la posibilidad de ser autor a sujetos con unas determinadas características o, por el contrario, si existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico. En este último caso, el legislador, en ocasio-

nes, formula un delito de infracción de deber (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 45). Entre estos se encuentran todos los delitos cuyos autores están obligados, —en cuanto son garantes— a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien (JAKOBS, 1997, p. 791).

En cambio, son simplemente delitos especiales en sentido amplio aquellos en los que la posibilidad de ser autor ha sido limitada por el legislador, tan solo como consecuencia de que un determinado bien solo puede ser dañado por un determinado grupo de personas, o por ellas en una forma especialmente sencilla, o, por último, cuando el bien jurídico únicamente pueda ser dañado de una determinada manera. La diferencia radica en que en los de infracción de deber solo puede ser autor una persona que, ya con independencia de la comisión delictiva, posee una relación con el bien dañado; mientras que en los últimos tal relación se establece única y precisamente mediante el comportamiento delictivo. En los delitos especiales en sentido amplio se determinará entonces la forma de intervención, según Jakobs, mediante la teoría del dominio del hecho, con la particularidad de que no todo el mundo de cualquier forma y manera puede encontrarse en posesión de ese dominio del hecho. Ejemplos de este grupo serían: el alzamiento de bienes, la quiebra fraudulenta, el delito de huida sin prestar asistencia en los accidentes de tráfico, etc. En suma, es evidente que no toda limitación de los posibles sujetos que pueden ser autores —concluye Jakobs— presupone la existencia de un deber especial (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 46).

Cuarto, para Jakobs (1997), la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La equiparación del delito con lesión de bienes jurídicos fracasaría «principalmente en los delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional» (p. 791).

En Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además —y, sobre todo—, fundamento esencial de la imputación jurídico-penal. El especialmente obligado habrá de responder, en principio, como autor. La incumbencia del obligado respecto del suceso no viene delimitada por la regla de si domino o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial estatus del sujeto (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 39). Este es el punto central

de la diferencia entre la teoría de Roxin y Jakobs. Mientras el primero cree que la infracción del deber no fundamenta el injusto —sino tan solo decide sobre la autoría—, el segundo cree que el injusto (la defraudación de expectativas) viene definido exclusivamente con la lesión de la institución a la que sirve el deber. Con base en esta diferencia fundamental, Robles Planas (2003, p. 227, pie de página 125), con mucha razón, sostiene que no es acertado seguir afirmando que la aportación de Jakobs constituya un desarrollo de la teoría de infracción de un deber creada por Roxin.

Quinto, solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales, los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio o de organización, ya sea como autores o cómplices.

Sexto, finalmente, de acuerdo con Jakobs, no todos los delitos de comisión por omisión —como Roxin— han de ser calificados como de infracción de deber, pero sí únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de una relación institucional. En esa línea, afirma Jakobs, los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber. En estos delitos, no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general contra determinados peligros, solidariamente. Fundamento de responsabilidad es la vinculación institucional con el bien (JAKOBS, 1997, p. 1027).

Por contra, habría también delitos de omisión de virtud de una incumbencia organizacional, que son equiparables a los delitos de organización o dominio por comisión (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 47).

Para los objetivos puntuales impuestos a este trabajo, consideramos que, de todas las diferencias, cabe comentar tres de ellas.

No resulta razonable restringir el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que Jakobs denomina las «competencias institucionales». En efecto, para graficar su posición, Jakobs afirma que tienen competencias organizacionales, por ejemplo, «el guía de

montañas que acompaña por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos», «el cuidador de niños», «el salvavidas en la playa» o «el guardaespaldas contratado para protección personal». Si estos por omisión no actúan para evitar la comisión de un delito en agravio del turista inexperto, del niño, del bañista o del protegido respectivamente, solo podrán ser sancionados penalmente como cómplices del delito por omisión. En cambio, según Jakobs (1997, p. 1028), tiene competencia institucional, por ejemplo, la Policía, que es la institución garante en la protección ante la delincuencia. De modo que, si el policía no impide la inducción a un delito, responderá como autor del delito.

De acuerdo con nuestro criterio jurídico, y siguiendo lógicamente a Roxin, cuando un policía no interviene frente a un hecho violento que se está produciendo ante sus ojos, pese a que no hay dudas sobre la posición de garante del policía, es razonable y correcto que se le castigue como autor de un delito por omisión. Sin embargo, no encontramos explicación razonable alguna del por qué, según nuestro sistema jurídico, el guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas que uno ha contratado, en caso de su inactividad, tan solo deben ser sancionados por complicidad. No se entiende esta conclusión, puesto que la relación del guardaespaldas, del guía de montañas, del cuidador de niños o del salvavidas con la persona que debe proteger, guiar o cuidar es más cercana y estrecha que la del policía (Roxin, 2016, p. 332). En nuestro sistema jurídico, en estos casos, el agente responde y será sancionado como autor del delito por omisión en aplicación del artículo 13 CP.

En otro extremo, según la concepción normativa pura del derecho penal, la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento delictivo. La razón de la imputación es la infracción de deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radica el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción de deber siempre fundamenta la punibilidad (Villavicencio Terreros, citando a Sánchez-Vera, 2006, p. 307). El profesor Sánchez-

Vera (2003, p. 282) sostiene que una de las características de los delitos de infracción de deber es que la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, al punto que existe ya un delito de infracción de deber completo, por tanto, punible, cuando, por ejemplo, «la madre facilita un arma al asesino para que mate a su hijo (de la madre), con independencia de que el asesino llegue a la consumación del hecho o al menos lo haya intentado». De acuerdo con esta forma especial de concebir y explicar los delitos de infracción de deber, el delito de peculado previsto en el artículo 387 CP se perfeccionará cuando el sujeto público, infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador, decide y planifica apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para efectos de la consumación y, por tanto, para la correspondiente sanción penal, es irrelevante si el sujeto público inició los actos de apropiación del bien público, objeto del delito. Situación que —al menos en nuestra patria— no es de recibo, pues la misma construcción de la fórmula legislativa del artículo 387 que regula el delito de peculado exige, antes de nada, que cuando menos se dé inicio a los actos de apropiación y, luego, la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos (como calidad del sujeto activo, relación funcional del agente con el bien objeto del delito, sustracción o apropiación, bien jurídico protegido, dolo, etc.) para poder sancionar el delito de peculado. La sola infracción del deber no es suficiente para configurar el peculado y, por tanto, tampoco para sancionarlo, ni siquiera en grado de tentativa. La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre con los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos (Roxin, 2016, p. 335). La infracción de deber por parte del agente se constituye solo en un elemento objetivo más del delito de peculado. Elemento que para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito funcionarial de que se trate. De modo que la simple infracción de deber no tiene contenido penal.

Parecida postura sostiene Pariona Arana (2011, p. 73), cuando argumenta que por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su

parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de la mayoría de los delitos contra la administración pública, aparte de la infracción del deber, se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En los delitos de infracción de deber, tan igual como en los delitos de dominio, la razón de su sanción o punición es al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Las instituciones fundamentan una obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos, a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes. Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera sencilla y considerable que los que están situados fuera de la institución (Roxin, 2016, p. 336).

En este extremo, siguiendo lo expuesto por el profesor Caro John (2015, pp. 31-33), la postura de Sánchez-Vera tiene que ser cuestionada, debido a que ubica la lesión del deber únicamente en el nivel de lo abstracto —si se quiere, de lo formal—, mas no en el nivel de lo material, como corresponde identificar a toda conducta que reúne un significado de relevancia penal. Los delitos de infracción de deber necesitan una objetivación de la lesión acorde a la semántica del tipo penal, a la que se llega cuando se da comienzo a la realización típica. Es imposible —sigue sosteniendo el citado profesor— que pueda ya hablarse de una realización típica del delito de peculado en el momento que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que terceros, con

quienes lo ha planificado todo, se apropien de los caudales públicos a pesar de que estos todavía no han dado inicio a la tentativa. Puede darse el caso de que el funcionario agotó todo lo que le tocaba realizar dentro del plan conjunto de hurtar la caja del municipio; sin embargo, mientras no se inicie la realización típica de sustracción, la lesión no se produce en toda su plenitud penal. En concreto, el infringir o incumplir un deber especial solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en el grado de una tentativa. La lesión del deber expresa su sentido únicamente en su vinculación con la realización de un tipo penal. La infracción de deber no tiene trascendencia penal si no va acompañada cuando menos con el inicio de la acción típica que describe el tipo penal de que se trate.

En suma, el elemento de infracción de deber, para tener trascendencia penal, debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito especial de que se trate, como es el hecho de realizar actos de inicio de la acción delictiva. Solo dando inicio a la acción criminal se pone en peligro real o potencial el bien jurídico protegido representado en deberes o principios. La simple infracción de deber no tiene contenido penal. De ahí que, en el caso que propone Sánchez Vera, la madre que quiere deshacerse de su hijo, y facilita el arma al asesino para que mate a su hijo, no podrá ser sancionada ni siquiera por tentativa de parricidio si el asesino no empezó realmente su compromiso criminal.

5.4. Teoría de la unidad o ruptura del título de imputación

Por lo que se refiere a dividir entre delitos organización y delitos en virtud de una relación institucional, Jakobs sostiene que, si en un hecho concreto participa un *intraneus* con un *extraneus* (un obligado con competencia institucional con un no obligado), este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. En efecto, Jakobs diferencia entre delitos de organización y delitos de infracción de deber. Las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la responsabilidad o imputación. En los delitos de dominio se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en cambio, en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter insti-

tucional, responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 38). De ahí que Jakobs (1997, p. 1030) enseñe que «en los deberes en virtud de responsabilidad institucional solo el titular de un status institucionalmente asegurado puede ser autor; así pues, se trata de deberes especiales en sentido estricto». Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan un sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular o extraño a la administración responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio (GARCÍA CAVERO, 2014, p. 637). Se propicia que a un solo hecho se le realice doble calificación jurídica. Esta posición tiene su fundamento jurídico en la teoría de la ruptura del título de imputación[3].

Solo se considera autor del delito especial a los que tienen competencia institucional, y los que no la tienen responden por otro delito de dominio o común. Según esta postura doctrinaria, en el caso de los delitos especiales de infracción de deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas. La razón radica en que la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de deber. En consecuencia, los partícipes no podrán ser sancionados con el marco penal establecido para los delitos de infracción de un deber (GARCÍA CAVERO, citando a Lesch, 2014, p. 634). Se sigue afirmando que en la medida en que al *extraneus* no le alcanza la norma de conducta presupuesta en el tipo, no puede admitirse el castigo de su intervención. Lo contrario sería imputarle la infracción de una norma de conducta ajena (ROBLES PLANAS, citando a Lesch, 2003, p. 242). Robles Planas (2003) defiende que, tanto en los delitos especiales como en los

(3) Para conocer más sobre las diferencias entre esta teoría y la de unidad del título de imputación, así como sus consecuencias prácticas véase: Pariona Arana (2006, pp. 760-761).

funcionariales, el tipo penal solo codifica (reconoce) la vulneración de determinadas normas de conducta, quien vulnera la prohibición general de favorecer estos delitos obra aún de manera indiferente para el delito especial. Así, por ejemplo, como bien precisa Robles Planas (2003):

> La secretaria que destruye los documentos por encargo del funcionario queda al margen de la imputación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos, pues su conducta es fácticamente necesaria para el delito, pero inocua para la norma aisladamente considerada. (p. 246)

Por su parte, el profesor Caro John (2010), para graficar esta posición doctrinaria, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos:

> Una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laedere* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales). (p. 82)

Consideramos que seguir la teoría de infracción de deber que sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación en el análisis e interpretación de los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico general, denominado «correcto funcionamiento de la

administración pública», no es la más adecuada y eficaz, porque resulta cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales. Los delitos especiales son aquellos cuya conducta a título de autor solo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida, no puede ser en ningún caso autor. En los impropios, en cambio, al guardar correspondiente con un delito común, el sujeto no cualificado puede ser autor del delito común (Robles Planas, 2003, p. 225).

No resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito de peculado o colusión, por ejemplo, unos respondan por el delito realmente realizado, esto es, peculado o colusión y otros, por un delito diferente pero paralelo al anterior, esto es, apropiación ilícita, hurto o estafa. Asimismo, no resulta razonable para nuestro sistema jurídico, que un solo hecho delictivo tenga doble calificación jurídica por la calidad del agente. Igual no resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito especial propio, unos respondan por la comisión del delito especial, y otros no respondan por delito alguno, debido a que no existe ilícito penal subyacente o paralelo.

En efecto, en los delitos especiales impropios donde existe una figura delictiva paralela común o subyacente, podría explicarse esta posición aun cuando luego del debido proceso se originen sentencias contradictorias —como, por ejemplo, condenando al sujeto público y absolviendo al particular en proceso penal diferente—, debido a que normativamente el bien jurídico solo existe en una estructura social de los delitos contra la administración pública (Rueda Martín, 2013, p. 149). Esta situación genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público, como es reconocida por los que sustentan esta posición dogmática, como el profesor García Cavero (2008, p. 601). Esto es más plausible en los delitos especiales propios donde en nuestro catálogo penal no existe delito subyacente o paralelo, como, por ejemplo, en el prevaricato, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos, abuso de autoridad, etc. Aquí, cabe citar como ejemplo el delito de prevaricato.

Si un particular coopera o ayuda a un juez a redactar una sentencia evidentemente prevaricadora, su conducta quedará sin sanción toda vez que en nuestro Código Penal no existe un delito común subyacente o paralelo al prevaricato que se le pueda atribuir. Su conducta sería impune (Alcocer Povis, 2014, p. 152). Como justificación de esta situación, se podría alegar que es problema del sistema jurídico el no haber previsto el delito paralelo; sin embargo, no es razonable sostener tal postura, porque en nuestro sistema jurídico existen y se reconocen los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios en los cuales por su propia naturaleza jurídica unos no tienen delito paralelo o subyacente y otros sí lo tienen. Lo importante de la dogmática es hacer una interpretación razonable y aplicar teorías que rindan y den conclusiones razonables. Deben aplicarse teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad en la comisión de un delito especial propio o impropio, deben merecer sanción penal.

La teoría de la ruptura del título de imputación, en los inicios del sistema judicial anticorrupción en el Perú, tuvo cabida a nivel jurisprudencial. En efecto, la posición de Jakobs, desde su enfoque institucional, tal como lo precisa el profesor Caro John (2015, p. 26), logró una amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia penal nacional, especialmente en el campo de los delitos funcionariales. Dicha posición que es asumida todavía en aislados pronunciamientos de las Salas Penales de la Corte Suprema. Pongamos por caso las ejecutorias supremas R. N. N.° 636-2008-Lima del 01 de julio de 2008 y R. N. N.° 954-2007-Amazonas, del 07 de marzo de 2008, donde se sostiene que el delito de colusión «no es de dominio... sino un delito de infracción de 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...». En parecido sentido, tenemos la sentencia casatoria del 06 de julio de 2016:

> Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta

> de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. (Casación N.° 782-2015-Del Santa, Sala Penal Permanente)

No obstante, tomando en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, en nuestra patria jurisprudencialmente se venía imponiendo la posición de considerar a los particulares o *extraneus* como cómplices de los sujetos públicos que cometen en calidad de autores algún delito especial (Alcocer Povis, 2014, p. 151). Todos los que participan en la comisión de un delito especial propio o impropio responden por el mismo delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores y otros en calidad de cómplices. Incluso, así se dejó establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 (6 de diciembre de 2011, Nuevos alcances de la prescripción), donde entre otros aspectos se precisó que «los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores». Y como *obiter dicta* de la citada doctrina legal establecida en el citado acuerdo plenario, en los considerandos 11 y 12 se precisó lo siguiente:

> Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del «*extraneus*» que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del «*extraneus*». Esta posición sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajos 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 *extra-*

> *neus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del 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. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del 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. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción (siguiendo la posición de Jakobs que aquí no se sigue), se realizaron diversos procesos penales, en los cuales el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita, los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan cómplices de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos judicializados pasaran a formar parte de la cifra negra de la criminalidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando las Salas Penales de nuestra Corte Suprema comenzaron a interpretar adecuadamente los delitos funcionariales y se inició la emisión de ejecutorias supremas tomando en cuenta los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad[4].

(4) Acerca del fundamento penal de la participación, véase Roxin (2007, p. 483) y Gimbernat Ordeig (1966, p. 2015).

En efecto, según la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003:

> La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal. (Exp. N.° 3203-2002-Lima)

De igual modo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003:

> en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado. (R. N. N.° 1813-2003-Lima)

En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Allí se afirmó de modo razonable:

> Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la «accesoriedad de la participación», es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho

> punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas «*extraneus*» que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder «en segundo término» y por tanto solo limitadamente. (R. N. N.° 375-2004-Ucayali, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 6, 2005, p. 545 [en el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R. N. N.° 2976-2004-Lima, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, 2005, p. 548]).

Otro ejemplo del cambio jurisprudencial que se realizó para sancionar actos de corrupción es la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004:

> Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe. (R. N. N.° 2976-2004-Lima, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 6, 2005, p. 546)

Un pronunciamiento más reciente en el cual se asume con total contundencia la teoría de la unidad del título de imputación, lo constituye la ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012:

> El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción de este lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina con relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra, lo que no sucedió en el caso concreto... En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única. (R. N. N.° 2659-2011-Arequipa-Sala Penal Transitoria)

Desde nuestra perspectiva jurídica, la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido (Pariona Arana, 2006, p. 762). Esta postura es más convincente debido a que, en primer término, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la administración pública es la infracción penal de un deber de carácter penal; y, en segundo término, el partícipe *extraneus* en un delito contra la administración pública generalmente conoce que al sujeto público le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social (Rueda Martín, 2013, p. 148).

En resumen, tal como se pone en evidencia, la fundamentación de Jakobs sobre los delitos de infracción del deber es completamente diferente a la de Roxin. Para Jakobs, La lesión del deber positivo de

corte institucional fundamenta la imputación jurídico-penal y, por supuesto, sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación; mientras que para Roxin el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que tienen el elemento de cualificación personal de la autoría. Por ello, el único papel que desempeña dicha teoría es el fijar la autoría del hecho delictivo, cuestión que es imposible lograr con la teoría del dominio del hecho (CARO JOHN, 2015, p. 28).

Ante las críticas efectuadas a la teoría de infracción de deber desde la postura del funcionalismo radical, Sánchez-Vera (2003, p. 286) ha ensayado una posición interesante pero no necesaria. Sostiene que, dentro de esta categoría, no hay sitio para una diferenciación entre delitos de infracción de deberes propios e impropios (delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en la terminología tradicional). La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo: si, además, el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso, ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, la afirmación de que hay un delito común subyacente en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción. La suposición de que el injusto —continúa el citado autor— de un delito de infracción de deber impropio sería distinto —«más débil»— que el de un delito de infracción de deber propio no calza con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva.

Consideramos que el planteamiento de Sánchez-Vera no es necesario, pues, por la misma construcción de las fórmulas legislativas, no podemos desconocer la existencia de los delitos especiales propios e impropios para sostener razonablemente —siguiendo a Roxin— que será autor del delito especial aquel que participó en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, en tanto que responderá como cómplice aquel que también participó en la comisión del mismo delito pero sin infringir o incumplir un deber especial de carácter penal impuesto

por la ley, toda vez que no lo tiene. La regla es aplicada tanto para delitos especiales propios como impropios. En los delitos contra la administración pública, el tercero, extraño o *extraneus* que participa junto a un *intraneus* en la comisión de un peculado, por ejemplo, no tiene el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, debido a que no tiene la condición especial de funcionario o servidor público que exige el tipo penal 387 CP.

En otro extremo, debemos precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 CP, que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los *extraneus* que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Posición dogmática diferente asume el profesor de Piura García Cavero (2008, p. 601; 2014, p. 637), al señalar que no se puede admitir lo que proscribe el artículo 26 CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente, en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. En el mismo sentido, Villa Stein (2014, p. 394).

Esto no es así, y de ahí que se afirme en forma tajante que un particular o extraño jamás puede ser autor de un delito funcionarial, debido a que la condición de funcionario o servidor público no se le puede traspasar ni transferir. La circunstancia o cualidad de sujeto público que afecta la responsabilidad del autor no modifica la responsabilidad del partícipe del hecho punible. Solo es autor aquel que tiene las condiciones o circunstancias especiales (sujeto público) que exige el tipo penal.

Aquellos que también participan en la comisión del delito, pero sin reunir aquellas condiciones o circunstancias especiales, no pueden ser autores sino simplemente responderán como cómplices del delito. La teoría de la unidad del título de imputación es coherente con tal principio. Y esta es la plausible interpretación efectuada por las dos Salas Penales de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 ya citado.

De ahí que no es de recibo la posición asumida en la sentencia casatoria del 06 de julio de 2016. Allí se argumentó, por supuesto dejando de lado sin explicación alguna, la interpretación efectuada en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 citado[5]:

> El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. (Casación N.° 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente)

Parecida posición adoptó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016. (R. N. N.° 615-2015-Lima. Caso Diarios Chicha).

Desde nuestra perspectiva, en los delitos especiales se criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos como autores. Nadie más que ellos pueden ser autores. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente (sujeto público), todo aquel que no tenga tal condición escapa al radio punitivo de la norma en su calidad de autor, solo podrá constituirse en un cómplice si se llega a acreditar

(5) Y se necesitaba la explicación del cambio de postura, toda vez que esta última casación fue firmada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores, firmantes del acuerdo plenario N.° 2-2011/CJ-116.

que también participó en la comisión del delito especial de que se trate. Este razonamiento de modo alguno lesiona el principio de legalidad, por el contrario, lo consolida y lo que es más importante, se evita dejar en la impunidad conductas delictivas graves, como sucedió en el caso judicial objeto de la sentencia casatoria de fecha 06 de julio de 2016. En efecto, allí, los hechos se resumen en lo siguiente:

> Se imputa a la señora Amelia Victoria..., que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1'028,703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito..., para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa. (Casación N.° 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente)

Utilizando la teoría de la ruptura del título de la imputación, la Sala Permanente casó la sentencia condenatoria y actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo, revocaron la sentencia condenatoria, reformándola absolvieron a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito.

Igual ocurrió en el caso denominado «Diarios Chicha», en el cual los hechos se resumen en lo siguiente:

> Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional- SIN por un monto de S/ 122'000000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de «Gastos Reservados», que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados «Diarios Chicha», para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos. Invocando la teoría de

> infracción de deber del funcionalismo radical, la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte declaró nula la sentencia condenatoria y reformándola, absolvió al acusado de los graves hechos imputados. (R. N. N.° 615-2015-Lima. Caso Diarios Chicha)

5.5. El artículo 25 CP modificado por el Decreto Legislativo N.° 1351

Haciendo uso del otorgamiento de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1351 (diario oficial *El Peruano*, 07 de enero de 2017), que, según entiendo, supera la discusión dogmática y jurisprudencial que se generó en nuestra patria a consecuencia de la ausencia de una norma expresa que recoja algún planteamiento de la teoría de infracción de deber en nuestro Código Penal. En efecto, luego de la modificatoria, el artículo 25 CP tiene como texto lo siguiente:

> 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.
>
> El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

De la fórmula legislativa modificada se ponen en evidencia dos cuestiones fundamentales. Primero, que los dos primeros párrafos del artículo 25 tienen sustento en la teoría del dominio del hecho, que viene a diferenciar entre complicidad primaria y complicidad secundaria, todo dependiendo de la magnitud de la cooperación, asistencia o auxilio doloso del cómplice en la realización del hecho punible. Si la cooperación dolosa es indispensable para la comisión del hecho punible, estaremos ante una complicidad primaria. En tanto que, si la cooperación dolosa no es importante o es dispensable, estaremos ante una complicidad secundaria. En el primer supuesto, se mantiene la arbitrariedad de establecer que el cómplice será sancionado con la misma pena prevista para el autor; en cambio, en el último supuesto, el juez disminuirá prudencialmente

la pena al cómplice. Sostenemos que es arbitrario que a un cómplice primario se le reprima con la misma pena prevista para el autor, toda vez que la conducta del autor, quien domina el hecho delictivo, es más reprochable penalmente en referencia a aquel que solo se limitó a auxiliar o prestar una cooperación temporal en la realización del hecho punible. En suma, en estos aspectos no ha habido cambio legislativo alguno.

Segundo, la cuestión significativa que se ha producido es la introducción del último párrafo del artículo 25 CP. Se ha previsto que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él(6). Al establecerse que el cómplice siempre responderá penalmente por el delito efectuado por el autor, el legislador ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. De modo que, si en un hecho punible participan más de dos personas, unos como autores otros como cómplices, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal. Legislativamente, luego de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.° 1351, se ha descartado la teoría de la ruptura del título de imputación en nuestro sistema jurídico.

Asimismo, al preverse que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él, significa que así en el cómplice no concurran los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual aquel responderá por el delito cometido. Igual enseña el profesor Prado Saldarriaga (2017, p. 188).

Se entiende que, en la mayoría de los delitos contra la administración pública, los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor es que este debe tener la calidad de funcionario o servidor público

(6) El antecedente legislativo de la modificación al parecer fue el Proyecto de Código Penal, ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015. En este documento legislativo encontramos el artículo 31. 2 que establece: «Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor».

y, además, tiene que tener un deber funcional de carácter penal respecto del bien jurídico que se pretende proteger. Elementos especiales que, por ejemplo, no tiene un extraño o ajeno a la administración pública. O en su caso un funcionario o servidor público que no tiene un deber funcional específico, no obstante, según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, estos últimos, si se verifica que también participaron en la comisión del delito junto al autor, responderán penalmente por ese delito, pero en calidad de cómplices. Sin duda, en este aspecto, la teoría de infracción de deber de Roxin resulta ser el sustento de la modificatoria producida al artículo 25 CP.

Sin embargo, el legislador nada ha indicado respecto a la pena que se le impondrá al cómplice. De modo que, siendo coherentes con la teoría recogida en la modificatoria, debe concluirse que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez atenuará prudencialmente la pena para el cómplice. De ahí que en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice como ya hemos indicado. Pues el autor participa en la comisión del delito, infringiendo un deber especial de carácter penal, en cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no lo tiene. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice que no infringió deber especial de carácter penal alguno. Esta tendencia incluso es la predominante en España según Rueda Martín (2013, p. 152).

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado, encontramos que en el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente (García Cavero, 2008, p. 603). Así también Abanto Vásquez (2014), quien incluso propone en forma coherente la fórmula siguiente: «Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme... (regulación específica de las atenuaciones legales)» (p. 405).

Además, se ha sostenido siempre y ahora se consolida que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 CP solo alcanza a los autores o *intranei* y no a los partícipes o *extranei*. Resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal, como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 CP que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80 CP[7] establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos acuerdos plenarios. Así, tenemos el Acuerdo Plenario N.° 01-20101-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

> El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

(7) Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077, del 20 agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente: «En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica».

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere de lo siguiente:

1. Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado; y
3. Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y, por lo tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser los siguientes:

1. Íntegramente del Estado.
2. Bienes de sociedades de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se

duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extranei* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

5.6. No es admisible la coautoría

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría, aun cuando en los orígenes de la teoría Roxin si lo admitía (2000, pp. 388 y ss.), definida en el artículo 24 CP como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho, que explica la autoría y participación en los delitos comunes o de dominio como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención (Ejecutoria

suprema del 18 de octubre de 1999, R. N. N.° 3429-99-Callao). Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin al derecho a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes o principios impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, el deber de trato justo al postor, etc., son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse (Salinas Siccha, 2013, p. 368). En definitiva, son deberes personalísimos:

> El deber es personalísimo e independiente, la lesión del mismo se produce por parte de cada uno de ellos igualmente de forma completa e independiente. Cada cual será autor y, entre ellos, en su caso, autores paralelos. La coautoría no es posible, puesto que el *status* de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento. (Jakobs et al., como se citó en Sanchez-Vera, 2002, p. 202)

El término de coautoría presupone una relación de dominio que, en realidad, no existe pues el deber tiene un carácter personalísimo, cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado. Y cuando el obligado infringe su deber (por omisión o comisión) siempre lo habrá ejecutado el mismo y directamente (Abanto Vásquez, siguiendo a Sánchez-Vera, 2014, p. 389).

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afecta su deber personal de no lesionar el patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado. No hay forma de sostener que el funcionario «A» lesiona una parte de un deber especial, el funcionario «B» otra parte de este deber, y el funcionario «C» la otra parte de este deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley materialmente no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

Estos planteamientos han sido recogidos en la sentencia casatoria de fecha 11 de julio de 2017 (Sentencia casatoria N.° 102-2016-Lima-Segunda Sala Penal Transitoria:

> [E]n el delito de peculado —delito de infracción de deber— no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal.

> Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores.

Incluso este planteamiento es más claro desde la óptica jakobsiana que sostiene: en el caso del delito de infracción de deber, el deber institucional compete solo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice una situación típica. El obligado especial —el funcionario o servidor públicos— en el delito de infracción de deber ha nacido para ser autor único, o directo, y no coautor, ni autor mediato, mucho menos partícipe. Es más, se sigue afirmando que en realidad existiendo una institución positiva que traza directamente en el funcionario un deber especial, da lo mismo cómo él lo quebrante, y todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, bien mediante una acción u omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor único (CARO JOHN, pp. 36-37). Jakobs (1997, p. 1028) sentencia que el fundamento de la responsabilidad de los delitos de infracción de deber es la vinculación institucional con el bien; esta vinculación es siempre directa, o sea, su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor. Asimismo, sigue afirmando el citado profesor que, en los delitos de infracción de deber, la relación del interviniente con el bien es siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer (JAKOBS, 1997, p. 791).

En la misma línea Sánchez-Vera (2002, p. 204; 2003, p. 283) enseña que no es posible una coautoría de dos obligados por la institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan los deberes de la institución conjuntamente, sino cada uno por sí, puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión siempre individual. Para graficar su postura, Sánchez-Vera (2002, p. 204) pone el siguiente ejemplo: varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos son autores.

Por su parte, el profesor Roxin parcialmente considera que no hay coautoría allí donde la obligación se limita, por su naturaleza, a

aquel individuo que, por ejemplo, en el pago de alimentos, está sujeto a ella. Si dos personas deben satisfacer alimentos al mismo niño y ambas se sustraen al cumplimiento de dicha obligación, es preferible considerarles como autores accesorios, puesto que cada uno quebranta una obligación individual y personal. También puede ocurrir así en los delitos de funcionarios: si para emitir determinadas certificaciones, en el sentido del artículo 348.1 CP alemán, es competente un determinado funcionario individual, solo él viene en consideración como autor de este delito, mientras que otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de cómplices, pues no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general, sino la vulneración de un específico deber de certificar verídicamente lo que aquí convierte en autor a uno de los implicados (ROXIN, 2000, p. 391).

Sin embargo, el citado autor, luego asevera que la coautoría en los delitos de infracción de deber tiene una estructura totalmente distinta del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado común. El ámbito de la coautoría se **encoje** notablemente, pues solo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber. De ese modo concluye que siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así, por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones (art. 347 stGB) y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiada a multitud de funcionarios de correos (art. 354 stGB). En estos casos, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas (ROXIN, 2000, p. 391). Planteamientos que no podemos sostener debido a que igual como ocurre con la obligación alimenticia citada por Roxin, la misma que es personal e individual, la obligación de vigilancia de internos es personal y corresponde a cada funcionario de prisiones. Del mismo modo, el deber u obligación de conservación y cuidado de cartas es personal y corresponde a cada funcionario de

correos. No existen deberes u obligaciones comunes o que a la vez se puedan confiar a varias personas. Los deberes u obligaciones son personales. Las personas si lesionan algún deber personal responden individualmente. Si en un hecho concreto, varios lesionan su deber personal e individual, cada uno responde en forma personal.

Incluso el profesor Pariona Arana (2014) enseña que «mediante el derecho se asignan a determinadas personas ciertos deberes cuyo cumplimiento le son exigibles jurídicamente. Estos deberes obligan directamente a estas personas y su cumplimiento le son exigibles únicamente a ellos. Dado que la relación entre personas y deber siempre es personal y directa, es claro que la infracción de estos deberes tenga que ser también personal y directa... la posición de deber y su correspondiente infracción está unida a la personas» (p. 365).

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010 (R. N. N.° 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente) y repetido en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010 (R. N. N.° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente), cuando se sostiene que «en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello». Aquí, erróneamente, la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que, como ya se expresó, se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como, incluso, así se ha precisado de modo razonable como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116.

Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 2 de julio de 2010 (R. N. N.° 1594-2009-Puno) tiene claro tal aspecto.

Es obvio que, en el delito de peculado, como se analizará más adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta, pero no como bien jurídico protegido, sino como objeto material del delito.

5.7. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber

Este apartado debemos explicarlo con un ejemplo propuesto por Roxin: el administrador que se encuentra en América le pide a un tercero *extraneus* que saque el capital al extranjero, donde ambos se lo reparten. Ciertamente, el administrador con deber de lealtad no tiene el dominio del hecho: el dinero está en el banco alemán a buen recaudo; depende del amigo que quiera llevar a cabo o no las falsificaciones y engaños necesarios para las transacciones patrimoniales. La ejecución del complicado plan del hecho esta exclusivamente en sus manos. El administrador de América no puede cooperar, sino que debe confiar por completo en él. Por eso, en las falsificaciones y engaños necesarios para la realización del delito a lo sumo puede ser inductor (Roxin, 2000, p. 393). No obstante, en el delito de administración desleal, que también está presente, la situación es distinta: el amigo de Alemania no puede ser autor. Bien es verdad que tiene en exclusiva el dominio del hecho, pero eso es irrelevante en el marco de este precepto. El criterio que fundamenta la autoría —la infracción del deber de velar por un patrimonio— está ausente. En cambio, el administrador de América no tiene parte en el dominio del hecho, y, no obstante, por la infracción del deber de lealtad jurídico-civil que le incumbe, se convierte en figura central del suceso de la acción. Esta circunstancia le convierte en autor, por más señas en autor mediato (Roxin, 2000, p. 394). La estructura dogmática de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber consiste en la imputación del comportamiento de la persona que sirve de medio al hombre de atrás debido a que el hombre de atrás infringió su deber especial de carácter jurídico al solicitar al hombre de adelante la materialización del crimen (PARIONA ARANA, 2014, p. 362). Lo característico de la autoría mediata es la

posición subordinada del intermediario con base en razones fácticas o jurídicas (denominado déficit) y el rol dominante del hombre de atrás, quien es el que, en realidad, controla la situación y posee «en sus manos» el acontecer global, en virtud de su voluntad orientada de acuerdo con el plan (WESSELS, BEULKE, SATZGER, 2018, p. 374).

Estas afirmaciones parten del hecho concreto de que el artículo 25 CP alemán define al autor mediato como aquel que comete el hecho punible «a través de otro», en tanto que el artículo 23 CP peruano, lo define como aquel que realiza el hecho punible «por medio de otro». Sin embargo, como ya hemos tenido oportunidad de sostener, las normas de nuestro Código Penal que regulan la autoría y participación tienen su sustento dogmático en la teoría del dominio del hecho. De ese modo, la autoría mediata del artículo 23 CP tiene su sustento en aquella teoría. Por lo tanto, si consideramos que las teorías de dominio del hecho y la de infracción de deber son excluyentes, razonablemente debemos sostener que tal norma no puede servir para sustentar la supuesta autoría mediata en los delitos de infracción de deber. Por dos razones a saber: primero, en la teoría del dominio del hecho, el hombre de adelante de ninguna manera responde penalmente por la acción del hombre de atrás. Debido a que el hombre de adelante es simplemente un instrumento. El hombre de atrás utiliza al hombre de adelante para lograr el resultado típico haciendo uso del engaño, la coacción o en su caso, ordenando la ejecución del crimen por medio de una organización (PARIONA ARANA, 2014, p. 363). Incluso el propio ROXIN (2000) argumenta que «el desarrollo del concepto de dominio del hecho ha mostrado que —al margen de excepciones insignificantes— siempre se da autoría mediata cuando el ejecutor obra sin dolo o sin conciencia del injusto, cuando es inimputable, menor de edad, ha sido coaccionado o esta disculpado de cualquier otro modo» (p. 398). Situación que cambia drásticamente con la teoría de los delitos de infracción de deber. El supuesto hombre de adelante, al tener el dominio del hecho y por supuesto, ayuda voluntariamente en la comisión del delito, responde como cómplice del delito. Su conducta también es reprochable penalmente. Recuérdese participe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial fundamentador de la autoría (ROXIN, 2000, p. 397).

Segundo, la estructura de la autoría mediata en los delitos de dominio del hecho tiene dos elementos: la imputación del comportamiento del hombre de adelante al hombre de atrás y el dominio del hecho del hombre de atrás como fundamento de la imputación del comportamiento del hombre de adelante al hombre de atrás. Estructura que no calza para los delitos de infracción de deber, toda vez que normativamente la imputación de la conducta del hombre de adelante de modo alguna se traslada al supuesto hombre de atrás. Tanto el supuesto hombre de adelante como el supuesto hombre de atrás responden penalmente. Uno como autor y el otro como cómplice. En consecuencia, podemos afirmar que el principio normativo de la autoría mediata consistente en la realización del tipo por medio de otro no rige para los delitos de infracción de deber. Aquí el obligado ya realiza el delito cuando, infringiendo su deber, deja a otro la ejecución de una parte de aquel. El supuesto hombre de atrás actúa infringiendo su deber y el supuesto hombre de adelante realiza una contribución externa para la realización del tipo. Respecto de este punto, el profesor Robles Planas enseña que, en todo caso, el hombre de adelante es fácticamente un trasportador de la infracción de la norma del hombre de atrás (*intraneus*). En efecto, precisa que el funcionario que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial (propio) debe responder como autor, esto es, como si él mismo hubiera cometido de propia mano ese delito. La decisión de la autoría va a recaer sobre el *intraneus*, pues es él quien en mayor medida configura el hecho injusto, pues la conducta del *extraneus* pese a ser un soporte fáctico necesario desde el punto de vista naturalístico para la constitución del injusto, es inocua para la norma que impone el deber especial (Robles Planas, 2003, p. 246).

Por su parte, el profesor Pariona Arana (2014) precisa que «la autoría mediata en los delitos de infracción de deber no se apoya en una infracción mediata del deber especial. El carácter personal de la posición de deber excluye una infracción mediata del deber. Se trata más bien de una realización mediata del delito» (pp. 366-377). Posición dogmática que no podemos compartir debido a que efectivamente el

deber especial de carácter penal no puede transferirse y, por tanto, tampoco puede haber una infracción mediata del deber. De ahí que el obligado es el único que realiza el tipo penal en forma completa. El *extraneus, solo* participa en la realización de parte del delito. Asimismo, si consideramos que «la infracción de un deber» es un elemento objetivo más de los delitos denominados de infracción de deber, no resulta coherente afirmar que de lo que se trata es de «una realización mediata del delito», pues a lo más el supuesto hombre de adelante ayuda a realizar una parte del delito.

En suma, como no resulta razonable sostener la autoría mediata de una parte del hecho punible, parece más razonable sostener que en la teoría de los delitos de infracción de deber no cabe la categoría de autoría mediata.

5.8. Complicidad única

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública, que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales de infracción del deber no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 CP que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

De la revisión de la parte general del Código Penal de 1991, concluimos que la teoría de infracción del deber no fue tomada en cuenta para dosificar y diferenciar la pena a los autores y los cómplices. No hay explicación ni razones plausibles del porqué de esa omisión. No hay norma expresa al respecto.

De ahí viene la importante pregunta que siempre se ha efectuado el operador jurídico: ¿cuál es la pena que ha de imponerse en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? Siempre el operador jurídico a tratado de aplicar las normas vigentes de nuestro Código Penal, que como ya se dijo se adscribe a la teoría del dominio del hecho.

No obstante, el hecho de que las reglas generales de la autoría y participación, actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resulten coherentes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez, al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal es más reprochable, que la conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice que no infringió deber especial de carácter penal alguno. Esta tendencia incluso es la predominante en España (Rueda Martín, 2013, p. 152).

En parecido sentido el profesor Abanto Vásquez (2014, p. 405) en forma atinada enseña que, si se quiere respetar el principio de proporcionalidad, también deben tenerse en cuenta las diferencias de injusto (atenuado) de las distintas conductas que pueda ejecutar el partícipe *extraneus* al momento de participar en la comisión de un delito especial.

En el Proyecto de Código Penal, ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015, ya se considera la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y la participación en los delitos especiales. En este documento legislativo encontramos el artículo 31.2 que establece: «Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor».

Esto significa que, si en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor. La conducta del autor es más reprochable que la del cómplice.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado encontramos que en el derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente (García Cavero, 2008, p. 603). Incluso el profesor Abanto (2014) propone en forma coherente la fórmula siguiente: «Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme... (regulación específica de las atenuaciones legales)» (p. 405).

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. La razón de tal forma de proceder se fundamenta en el hecho concreto que da cuenta el profesor Abanto Vásquez (2014): «la mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales» (p. 380). Así, por ejemplo, verificamos que la sentencia casatoria de fecha 11 de julio de 2017 (Casación N.° 102-2016-Lima) se sustenta en el libro *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* del profesor Rojas Vargas (2016, p. 110).

En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 (R. N. N.° 546-2012-Lima) se argumentó que «su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presiden-

cial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria».

En igual sentido se pronuncia la segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017 (Casación N.° 102-2016-Lima). Allí, al referirse a la complicidad, toman como base la teoría de dominio del hecho:

> La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) la intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin él el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) el momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal sentido respondería como autor.

Cabe citar la ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2017 (R. N. N.° 2675-2016-El Santa, Primera Sala Penal Transitoria), se precisan los siguientes hechos:

> Los condenados Oré Quiñones y Valle Utrilla, regidores de la Municipalidad Provincial de Pallasca, juntamente con el alcalde Vásquez Heredia —ya fallecido— integraron una Comisión Municipal para la adquisición de un camión volquete, en el año dos mil siete. En todo momento, contaron con la intervención del condenado Flores Escudero, Gerente Municipal quien dio la conformidad a la orden de compra y emitió el comprobante de pago, pese a que no se había recibido el camión. La adquisición del camión volquete fue a la empresa Equipamiento Municipal del Perú Sociedad Anónima Cerrada, a cargo de la encausada recurrente Abarca Paredes. Con ella se firmó el contrato y se encargó de la asesoría del trámite administrativo. Para concretar esta indebida adquisición —vía compra directa—, se falsificaron informes técnicos y legales, cotizaciones y estudios de mercado. La Municipalidad agraviada desembolsó cuatrocientos quince mil

> ochocientos soles por el citado camión volquete, no obstante que su valor solo ascendía a dos cientos treinta y seis mil cuatrocientos setenta soles con cuarenta céntimos.

Con base en aquellos hechos, se sostuvo que la mencionada empresa estaba vinculada a la encausada Abarca Paredes, quien en la fecha de los hechos era subgerente general. Ella, además, firmó el contrato de compraventa del camión volquete y, asimismo, cobró el cheque de pago por esa venta —su intervención, por consiguiente, no fue meramente nominal, sino que tenía control sobre la empresa cuestionada—. No solo se festinaron trámites, falsificaron documentos y dirigió la adquisición a una directa por la causal de emergencia, sino que, a propósito de lo anterior, se adquirió un bien a un precio sobrevaluado. Por estas razones, por unanimidad, declararon no haber nulidad en la sentencia en el extremo que condenó a Ilia Abarca Paredes como cómplice primaria del delito de colusión desleal en agravio del Estado, Municipalidad Provincial de Pallasca (R. N. N.° 2675-2016-El Santa).

En la sentencia casatoria de fecha 11 de julio de 2017, pese a precisar que el delito de peculado es uno de infracción de deber, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema afirmó:

> La complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborados necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular, a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito. (Sentencia Casatoria N.° 102-2016-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria)

En la misma línea jurisprudencial encontramos la sentencia casatoria del 19 de octubre de 2017, donde se da cuenta de un caso de peculado por utilización. En efecto, al resolver una excepción de improcedencia de acción, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció razonablemente que

> en el caso, se atribuye a la encausada Sonia Elizabeth Zuta Pacheco en calidad de extraneus, ser cómplice primaria en su condición de presidenta de la Asociación Regional de Cesantes y Jubilados «ARCIJE-J» y haber hecho el aporte necesario para que se configure el delito de peculado de uso, pues teniendo conocimiento que debería realizar el trámite de cesión de uso del inmueble, ante el Ministerio de Educación, acudió indebidamente ante el Director Regional de Educación de Junín, buscando beneficiar a la Asociación privada que representa, conducta que se encuentra tipificada en el artículo 387 del Código Penal. (Sentencia Casatoria N.° 814-2015-Junín)

Con esta sentencia casatoria, se verifica que incluso ese es el proceder generalizado en los fiscales y jueces de instancias inferiores.

Consideramos que si el juez decide aplicar la teoría de infracción del deber, debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir combinando las teorías penales. La razón es que se llegan a conclusiones arbitrarias.

5.9. La dúplica de la prescripción

¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 CP? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal, como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 CP (modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077, publicada el 20 agosto de 2013, en vigencia desde el 1 de julio del 2014) que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente[8].

(8) Párrafo modificado por el artículo Único de la Ley N.° 30650, publicada el 20 agosto de 2017, cuyo texto actual es como sigue: «El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcio-

En efecto, la última parte del artículo 80 CP establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica. Significa que solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, les alcanza la dúplica de la acción penal. Igual se aplica la dúplica cuando un delito es cometido por un funcionario o servidor público en su calidad de integrante de una organización criminal del tipo que prevé la Ley N.° 30077.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida en parte hasta en dos acuerdos plenarios. Así, tenemos el Acuerdo Plenario N.° 01-20101-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

> El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que, para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción, se requiere lo siguiente:

---

narios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad». Norma constitucional que todavía no ha tenido desarrollo en una ley para compatibilizarlo con el artículo 80 del Código Penal.

1. Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado; y
3. Como fuente de atribución sirve una orden administrativa y, por lo tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

1. Íntegramente del Estado.
2. Bienes de sociedades de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración —según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneus*)—, o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

> El Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor

> extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los extranei se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

No obstante, esta interpretación se mantendrá hasta que se dicta la ley de desarrollo constitucional del último párrafo del artículo 41 de la carta magna, pues desde el 20 de agosto de 2017 ha sido modificado en los términos que sigue: «El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad» (artículo único de la Ley N.° 30650). Esta norma constitucional necesariamente debe originar un cambio del contenido del artículo 80 CP, que ha sido obviado por el actual Congreso de la República. Una vez que se produzca el cambio, los plazos de prescripción de duplica alcanzara también a los particulares (*extraneus*).

5.10. Pena efectiva para algunos delitos funcionariales

La Ley N.° 30304, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 febrero de 2015, modificó el artículo 57 CP y se incorporó un último párrafo, con lo que se dispuso que «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 38 y 387».

Es decir, desde el 29 de febrero de 2015, si un acusado de haber cometido en forma dolosa el delito de peculado o el delito de colusión, en cualquiera de sus modalidades dolosas, es encontrado responsable luego del debido proceso y, por lo tanto, el juez considera que es merecedor de pena, en absoluto podrá imponer una pena condicional. O mejor, no podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad(9). En todos los casos tendrá que ser efectiva por mandato expreso de la ley.

La propuesta inicial para que las penas que se impongan a los sujetos públicos por la comisión de delitos contra la administración pública sean efectivas fue de la Contraloría General de la República, institución pública que, por proyecto de ley N.° 2529/2013-CG (ingresó al Congreso de la República, 06 de agosto 2013), propuso que se agregue un párrafo final al artículo 57 CP que prevé los requisitos que el Juez debe tener en cuenta para que disponga la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. Según la exposición de motivos del citado proyecto, entre el año 2009 y 2013 se dictaron varias sentencias en contra de sujetos públicos en casos detectados e identificados por la Contraloría; sin embargo, solo diez de ellas fueron en calidad de efectivas, las demás condenas a pena privativa de libertad fueron en

(9) No debemos soslayar que la suspensión de la ejecución de la pena es una sustitución coherente a las cortas penas de prisión —de contenido infamante para el sentenciado— reafirmando la necesidad de que el condenado mantenga firmes sus relaciones con la sociedad y sus vínculos familiares, importa pues, la forma más idónea para evitar el desarraigo social del condenado. Cfr. Peña-Cabrera Freyre, Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial, en Rev. Actualidad penal, N.° 12, Lima, junio 2015, p. 40. En parecido sentido Torres Berrio sostiene que el otorgamiento de este beneficio por parte del juez obedece a fines de carácter político y humanitario, como la eliminación del peligro de la corrupción carcelaria, suprimir las posibilidades de reincidencia, quitar la vergüenza y el daño consiguientes a ciertos efectos de la condena, perdonar las consecuencias del hecho cometido a quien se demuestre digno de ello, entre otros. Cfr. Apuntes sobre la suspensión en la ejecución de la pena o condena condicional, a propósito de la modificación establecida por la Ley N.° 30304, en *Rev. Actualidad penal*, N.° 12, Lima, junio 2015, p. 46.

calidad de condicional. Esta situación —sigue la exposición de motivos del Proyecto— genera en la sociedad una sensación de impunidad e indefensión. La población ve con enorme indignación la forma en que se desatienden sus necesidades y se retrasan sus expectativas de desarrollo, mientras que los funcionarios corruptos ven incrementado su patrimonio de origen ilícito ante la inacción de las autoridades, lo que ciertamente deslegitima el imperio de la ley y el Estado de derecho.

La fórmula legal propuesta por la Contraloría fue la siguiente: «El juez no podrá disponer la suspensión de la ejecución de la pena si la condena se dicta por la comisión de delitos cometidos por funcionarios públicos previstos en las secciones II, III y IV del capítulo II del Título XVIII».

Según el texto propuesto, la suspensión de la ejecución de la pena solo era aplicable a funcionarios públicos (se excluyó a los servidores públicos) que hayan participado en la comisión de los delitos de concusión, exacción ilegal, colusión simple y agravada, patrocinio ilegal, peculado, peculado de uso, malversación de fondos, retardo injustificado de pago, rehusamiento a entrega de bienes, peculado por extensión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El proyecto, ya en el Congreso, fue derivado a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del periodo anual 2013-2014. Esta comisión emitió el correspondiente dictamen (ingresó a trámite documentario del Congreso de la República, 02 de diciembre 2013), donde se señaló que la inaplicación de la suspensión de la pena para los delitos de corrupción de funcionaros indicado en el proyecto de ley N.° 2529/2013-CGR contribuye a compatibilizar la legislación nacional a las obligaciones estatales previstas en la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción y a satisfacer las exigencias de la prevención especial y la prevención general de la pena con la imposición de sanciones efectivas a quienes incurren en delitos de suma gravedad contra el Estado. Con ello logró una verdadera política de desaliento, inhibición y desincentivo real en su comisión.

La fórmula legal del proyecto inicial fue cambiado o sustituido por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos por el texto siguiente: «La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios y servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos previstos en las secciones II, III y IV del capítulo II del Título XVIII». Lo resaltante de esta propuesta es que se incluyó a los servidores públicos como sujetos de la imposición de penas privativas de libertad efectivas por su participación dolosa en la comisión de los delitos contra la administración pública.

No obstante, con fecha 04 de junio de 2014, la misma comisión ingresó al Congreso de la República un texto sustitutorio en los términos siguientes: «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 y 388». Es decir, se proponía que las penas efectivas solo deberían aplicarse a los delitos dolosos de colusión, peculado y peculado de uso.

Tratamos de indagar cuáles fueron los motivos o las razones para proponer el texto sustitutorio, y no hemos podido encontrar alguna explicación o exposición de motivos para saber realmente qué guio a los integrantes de la citada comisión a proponer que solo en los delitos dolosos de colusión, peculado y peculado de uso no se suspenderá la ejecución de la pena, además de dejar de lado los graves delitos de concusión, exacción ilegal, patrocinio ilegal, malversación de fondos, retardo injustificado de pago, rehusamiento a entrega de bienes, peculado por extensión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito. Esto es inexplicable y solo podemos atribuir el hecho a ignorancia legislativa. Para la propuesta de la fórmula legislativa sustitutoria, los congresistas no se hicieron asesor por especialistas en la materia.

No se puede comprender cómo es que se aplicará pena privativa de libertad afectiva a los autores de los peculados dolosos previstos en el artículo 387 CP y en cambio es posible que se aplique una pena suspendida a los autores de peculados dolosos previstos en el artículo

392 CP (peculado por extensión), cuando la magnitud de la gravedad del hecho punible e incluso la pena aplicable son las mismas. ¿Cuáles son las consideraciones para hacer tamaña diferencia? Además, no se entiende cómo es que al autor de un peculado de uso previsto en el artículo 388 CP, cuya pena llega hasta los cuatro años, se le aplique una pena privativa de libertad efectiva y, en cambio, a los autores de los delitos graves —y, por lo tanto, más reprochables penalmente, como concusión, malversación de fondos, peculado por extensión, todas las modalidades de cohechos, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito— puedan ser condenados a una pena privativa condicional. ¿Cuáles son las consideraciones que tuvo el legislador para decidir que el autor de un delito menos grave sea condenado a pena privativa de libertad efectiva mientras que autores de delitos más graves sean condenados a pena privativa de libertad suspendida? El legislador no ha dado explicación alguna. Incluso Peña-Cabrera Freyre (2015, p. 40) señala que no se entiende las razones por las cuales delitos como el cohecho pasivo (propio, impropio y específico), así como el delito de concusión y la figura del enriquecimiento ilícito, fueron excluidos, a pesar de que denotan también un alto grado de desvalor antijurídico.

Para nosotros la única explicación es el asesoramiento de personas que nada o poco saben de derecho penal. Siempre invoco, los congresistas deben hacerse asesorar por especialistas en la materia sobre la cual se disponen a legislar.

Como demócratas podemos aceptar que para postular al Congreso de la República no se requiera como mínimo ser alfabeto. No obstante, lo que no podemos aceptar es que una vez elegido congresista, y luego de que le dan la opción de elegir sus asesores jurídicos, en lugar de proponer el contrato de los mejores especialistas de las ramas jurídicas requeridas, proponga o imponga la contratación de abogados parientes, abogados amigos personales o abogados que hicieron campaña política por ellos. Considero que para ser asesor de un parlamentario, cuya principal función es discutir y dar las mejores leyes para el país, no es suficiente tener el título de abogado, magíster o doctor en derecho. Es necesario que ese abogado cultive y se constituya en especialista

en una rama del derecho, es decir, sea un jurista a carta cabal. Caso contrario, si continuamos como hasta ahora, que solo se exige que el asesor parlamentario tenga el título de abogado, seguiremos conociendo este tipo de proyectos legislativos, en los cuales se advierte fácilmente ausencia absoluta de mínimos conocimientos del derecho penal sustantivo. Y claro, ello da origen a que los legisladores aprueben autógrafas de ley que luego son observadas por el Poder Ejecutivo o, en su caso, se promulguen lamentables fórmulas legislativas que en lugar de facilitar el trabajo de los fiscales y jueces los complican y confunden (SALINAS SICCHA, 2015, p. 114).

¿Dónde quedó el *leif motiv* de la reforma propuesta por la Contraloría General de la República?, que como se repite fue el hecho concreto que

> ante mucha condena con suspensión de la ejecución de la pena privativa de la libertad a los sujetos públicos corruptos, se generaba en la sociedad una sensación de impunidad e indefensión. La población se indigna ante la desatención de sus necesidades y retraso de sus expectativas de desarrollo, mientras que los funcionarios corruptos ven incrementado su patrimonio de origen ilícito ante la inacción de las autoridades. Esto ciertamente deslegitima el imperio de la ley y el Estado de Derecho de nuestro país. (Exposición de motivos del proyecto de ley N.° 2529/2013-CGR, ingresó al Congreso de la República, 06 de agosto 2013)

Dónde quedó aquello que «la propuesta de la Contraloría contribuye a compatibilizar la legislación nacional a las obligaciones estatales previstas en la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción y a satisfacer las exigencias de la prevención especial y la prevención general de la pena con la imposición de sanciones efectivas a quienes incurren en delitos de suma gravedad contra el Estado, logrando con ello una verdadera política de desaliento, inhibición y desincentivo real en su comisión» (dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, ingresó a trámite documentario del Congreso, 02 de diciembre 2013). En nada.

Los mismos integrantes de la citada comisión retrocedieron abiertamente sin explicar los motivos de su conducta legislativa. Situaciones como estas generan desconfianza en nuestros comúnmente conocidos padres de la patria. Este proceder evidencia una política criminal inconsciente e instintiva que se ha implantado en el Congreso de la República, de recurrir al derecho penal en su función netamente simbólica o retórica que se caracteriza por dar lugar, más que a la resolución o solución directa de los problemas jurídico-penales (a la protección de bienes jurídicos), a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido (Hassemer, citado por SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 482). Por ejemplo, es un proceder básicamente simbólico —y que en principio no garantiza una mayor protección de los bienes jurídicos fundamentales afectados— incorporar al Código Penal normas parciales, solo por el mayor efecto retórico que ello tiene; crear nuevos tipos penales, o incrementar las penalidades existentes, cuando los anteriores son ya suficientes, en todo caso, los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora (SILVA SÁNCHEZ, 2012, p. 483).

No obstante, ahí no quedó la cuestión, pues una vez que la propuesta de la comisión de justicia pasó al pleno del Congreso, luego de la discusión y votación, el 04 de junio de 2014, se aprobó la modificación del artículo 57 CP, en los términos del texto sustitutorio planteado (el expediente digital de la Ley N.° 30304 en la página web del Congreso de la República). Una vez que fue remitida (el 11 de junio de 2014) la autógrafa al presidente de la República para la correspondiente promulgación, el presidente de la República la observó y la devolvió al Congreso (El informe de observación de autógrafa de ley ingresó al Congreso de la República el 27 de junio de 2014).

Los argumentos que compartimos por sólidos y coherentes de la observación puede resumirse en lo siguiente: si bien es cierto que la autógrafa de Ley ha reducido su ámbito de aplicación a tres delitos, entre estos salta a la vista uno que se distingue claramente por la escasa entidad de su injusto penal en comparación con los otros delitos —y, particularmente, por la levedad de su pena conminada. El desvalor del delito de peculado de uso es comparativamente mucho menor que el

de los delitos de colusión y peculado doloso, los cuales comportan una lesión mucho mayor al correcto funcionamiento de la administración pública y a la probidad en el manejo de los recursos públicos. De modo que es claro que el delito de peculado de uso constituye una conducta de escasa gravedad en comparación con los delitos de peculado doloso y colusión. Por lo tanto, sigue indicando el informe de observación, consideramos que su presencia en la drástica excepción planteada en la autógrafa de ley no resulta adecuada y genera márgenes peligrosos de desproporción en el ejercicio del *ius puniendi*, que podrían materializarse, en la práctica, en actos jurisdiccionales arbitrarios y desmedidos. Por lo expuesto —concluye el informe de observación— resulta patente que una medida tan drástica como la propuesta solo podría hallarse justificada en aquellos casos que revistan incuestionable gravedad, ya sea por la naturaleza de la conducta o por la intensidad del ataque al bien jurídico tutelado como ocurre con los delitos dolosos de peculado y colusión, mas no en el peculado de uso.

La observación planteada por el Poder Ejecutivo, nuevamente fue remitida a la Comisión de justicia y derecho humanos, la misma que emitió nuevo dictamen (Ingresó al área de trámite documentario el 28 de octubre de 2014), donde los integrantes de la Comisión reproduciendo las consideraciones del informe de observación de autógrafa recomendó por mayoría el allanamiento a la observación planteada, por lo que reformuló su propuesta de ley suprimiendo el delito de peculado de uso de la prohibición de la suspensión de la pena regulada en el artículo 57 CP. Esta forma de hacer las cosas pone en evidencia una generalizada conducta patética del legislador: ligereza y actitud instintiva con la que reacciona contra la delincuencia.

La nueva autógrafa fue remitida a la Comisión Permanente que luego de la discusión y votación correspondiente (04 de febrero 2014) aprobó la nueva fórmula legislativa. Luego con fecha 09 de febrero de 2014 fue remitida la autógrafa de ley al Poder Ejecutivo para su promulgación. La misma que se realizó y publicó la fórmula legislativa definitiva, como contenido del artículo único de la Ley N.° 30304, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 57. Requisitos

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 y 387.

Siempre hemos considerado que para delitos graves que afectan el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, que no es otra cosa que el Estado mismo, las penas deben ser cortas y efectivas con el objeto de intentar que el *ius puniendi* sea eficaz en la sanción del crimen, a fin de que el sujeto público culpable, siempre funcionario o servidores público, (en su función preventiva especial) y los demás ciudadanos (en su función preventivo general negativa) internalicen comportamientos con respecto a los principios de no lesionar el patrimonio del Estado, de lealtad para con el Estado, transparencia en su actuación funcional, imparcialidad en el ejercicio de sus funciones según su cargo, el principio de gratuidad de los actos públicos, de no abusar de la autoridad, etc.

Desde nuestra perspectiva, argumentábamos en aquella oportunidad la modificación del artículo 57 CP, era coherente pero aún parcial, pues en la excepción que se propone debieron ser incluidos otros delitos graves que afectan a la administración pública como son: los delitos de concusión, exacción ilegal, patrocinio ilegal, peculado por extensión, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo,

cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Para ser coherentes con la inicial propuesta de la Contraloría de la República debió incluirse estos graves delitos, toda vez que la política del Estado frente a los delitos de corrupción debe responder a la gravedad de la lesión que infringen al Estado los sujetos públicos que defraudan la confianza en ellos depositada, por lo que las penas que se dicten en procesos de corrupción de funcionarios deben cumplir una función preventiva, desincentivando la comisión de dichos delitos (Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 2529/2013-CGR, ingresó al Congreso el 09 de agosto de 2013). Sabido es que muchas veces la pena no cumple esas finalidades; sin embargo, si pretendemos no ser tolerantes con los actos de corrupción que ponen en peligro la existencia misma del Estado, corresponde imponer una política criminal responsable que intente desalentar a los funcionarios y servidores públicos a cometer actos de corrupción al interior de la empresa pública donde desempeña sus labores. En contra, Peña-Cabrera Freyre (2015) sostiene que «no somos partidarios de esta reforma normativa, que por un lado coarta los espacios de discrecionalidad del juez, al momento de la determinación e individualización de la pena y, por el otro, hace prevalecer la naturaleza retributiva de la pena, por sobre el fin rehabilitador de la misma» (p. 42). También en contra, Torres Berrío (2015) explica que «prohibiciones de este tipo, al igual que el incremento injustificado de penas para algunos delitos, no van a hacer que la delincuencia desaparezca o que se disminuyan los porcentajes de comisión de dichos delitos, sino por el contrario al tratarse de una medida tan drástica que no admite discrecionalidad judicial alguna, las consecuencia inmediatas serían condenas efectivas de corta duración que además del daño personal y familiar que ocasionan en los internos primarios, agravan el problema de sobrepoblación carcelaria que padece nuestro sistema penitenciario» (p. 50). Considero que ambos planteamientos son válidos, e incluso los sostengo, pero para otro tipo de delitos, no para los delitos de corrupción de funcionarios que ponen en peligro la existencia misma del Estado. Se debe promover una política nacional a todo nivel de «tolerancia cero con los actos de corrupción».

Otro fundamento para que las penas sean efectivas en esta clase de delitos graves, que ponen en cuestionamiento a la existencia misma del propio Estado, es la consideración que el agente siempre sujeto público, aparte de actuar en la comisión de determinado delito afectando uno o varios bienes jurídicos fundamentales debidamente individualizados, actúa infringiendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley penal. Es decir, el sujeto público, cuando comete un acto de corrupción, además de actuar conociendo en forma general que está prohibida su conducta, conoce que tiene el deber específico de no afectar los principios sobre los cuales se organiza la administración pública (principios fundamentales como es el de no lesionar el patrimonio del estado, de lealtad para con el Estado, transparencia en su actuación funcional, imparcialidad en el ejercicio de sus funciones según su cargo, el principio de gratuidad de los actos públicos, etc.).

Desde nuestra perspectiva, los actos de corrupción son más reprochables penalmente que otros delitos que ponen en peligro bienes jurídicos individuales.

Finalmente, es claro que la aplicación de la pena privativa de libertad efectiva está reservada solo para los sujetos públicos que actúan en la comisión de los delitos de peculado y colusión dolosos en su calidad de autores. La excepción no alcanza a los cómplices sean estos otros funcionarios o servidores públicos o particulares. La calidad de funcionario o servidor público del autor, así como su relación funcional con el bien objeto del delito, han sido previstos como condición especial de deberes funcionales que fundamenta la excepción a la suspensión de la ejecución de la pena, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, es razonable que no les alcance la excepción planteada. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es evidente la existencia de una diferenciación entre el *intraneus* y *extraneus* que no podemos soslayar. La diferencia se genera a consecuencia de la diferente condición y ausencia del deber jurídico penal especial impuesto por la ley penal.

Ante las críticas que formulamos en la edición anterior de este libro, por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1351, publicado el 07 enero 2017, se modificó el artículo 57, quedando con el siguiente contenido:

> 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.

Luego, por el artículo único de la Ley N.° 30710, publicada el 29 diciembre 2017, se modificó el último párrafo del citado artículo 57 CP, quedando este párrafo con el siguiente contenido:

> 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, así como para las personas condenadas por el delito de agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar del artículo 122-B, y por el delito de lesiones leves previsto en los literales c), d) y e) del numeral 3) del artículo 122.

De modo que, para efectos del presente trabajo, desde el 07 de enero de 2017 se ha ampliado el espectro de delitos pasibles de ser sancionados sus autores con pena privativa de libertad efectiva. En efecto, aparte de los acusados por los delitos de delitos de colusión y peculado, si un acusado de haber cometido en forma dolosa el delito

de malversación de fondos agravado o cohecho pasivo específico o corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales o negociación incompatible o finalmente, el delito de enriquecimiento ilícito, estos últimos en cualquiera de sus modalidades dolosas, es encontrado responsable luego del debido proceso y, por lo tanto, el juez considera que es merecedor de pena, de modo alguno podrá imponer una pena condicional. O mejor, no podrá suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad. En todos los casos tendrá que ser efectiva por mandato expreso de la ley.

De modo que así la autoridad jurisdiccional, al momento de individualizar judicialmente la pena, determina que al acusado le corresponderá una pena menor a cuatro años; así también determine, según el caso concreto, que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del acusado —sujeto público— le permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito y, además, que el acusado no tiene la condición de reincidente o habitual, el juez a diferencia de lo que ocurre con los acusados por otros delitos dolosos e incluso más graves, la autoridad jurisdiccional impondrá pena efectiva. Se dispondrá su ingreso a una cárcel pública del sentenciado siempre sujeto público.

Si bien los extraños de la administración pública se rigen por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, también es cierto que, para los efectos de aplicar la pena en forma efectiva o condicional, la excepción planteada en el último párrafo del artículo 57 CP no alcanza a los cómplices. De modo que, en cuanto a los cómplices, dependiendo a la gravedad, forma y circunstancias en que haya participado en la comisión del delito doloso de peculado o colusión o malversación de fondos agravado o cohecho pasivo específico o corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales o negociación incompatible o enriquecimiento ilícito, es posible que el Juez les aplique una pena privativa de libertad condicional. Y esto es así, debido a que la fórmula legislativa hace referencia en forma expresa a los funcionarios o servidores públicos. Es obvio que la conducta del autor, sujeto público, es más reprochable penalmente que la del *extraneus*, sujeto no obligado.

Parte II

Delitos cometidos por particulares



§ 1

USURPACIÓN DE FUNCIONES O DE MANDO MILITAR

1. TIPO PENAL

El delito conocido como usurpación de función pública se encuentra regulado en el artículo 361 CP, el mismo que tiene el contenido 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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La fuente directa de este tipo penal es el artículo 320 CP de 1924.

Es lugar común en la doctrina distinguir entre usurpación de funciones y usurpación de autoridad. La diferencia entre ambos supuestos

radica en quién es el sujeto activo: si es el funcionario público (quien tiene ya autoridad) y se extralimita o asume funciones ajenas, estará usurpando funciones; si es un particular, estará usurpando autoridad, pues aquel nunca la ha tenido. No obstante, pese a reconocer que la distinción no tiene trascendencia en la tipicidad de la conducta, toda vez que el legislador no ha dado importancia a la distinción para prever consecuencias penales diferentes, Abanto Vásquez (2003, p. 63) pretende encontrar otra distinción: aquella que distingue entre funcionario con autoridad y funcionario sin autoridad. Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 655) señala que hay diferencias entre usurpar autoridad y usurpar funciones, distinción que no es necesariamente tajante, sino comunicable, relacionable. En tal sentido, se orientan las ejecutorias supremas que distinguen entre ambas modalidades de usurpación.

Sin embargo, si bien de la lectura del tipo penal no aparece que las diversas modalidades que configuran el delito genéricamente denominado «usurpación de función pública» originan consecuencias penales distintas, su distinción es importante para fines pedagógicos y entender la naturaleza de las modalidades delictivas; y cuando no, para que el juez, al momento de individualizar la pena a imponer al acusado por este delito, valore de manera distinta las conductas. No es lo mismo usurpar una función que nunca se ha tenido, que seguir ejerciendo la función pública pese a que ha sido suspendida. El sentido común orienta que el primer supuesto merecerá mayor pena que el segundo supuesto.

Por otro lado, el verbo rector de la mayoría de los supuestos delictivos lo constituye el término «usurpar», que se configura cuando el agente o sujeto activo, en determinado momento, ejerce ilegítimamente (sin título ni nombramiento), funciones públicas, haya o no haya asumido previamente de manera oficial tales funciones (Abanto Vásquez, 2003, p. 66).

Rojas Vargas (2002, p. 658) precisa que «usurpar función pública» tiene en materia penal dos significados: a) la noción de asumir o tomar posesión física del cargo o empleo de manera arbitraria, es decir, sin que exista ley, orden o mandato legítimo, y b) el ejercer funciones o servicios oficiales relevantes que no le competen. En la primera

acepción jurídico-penal, el sujeto activo del delito que carece de autoridad se arroga sin derecho ni dignidades u oficios, por lo que se coloca de hecho en un estado de disponibilidad para ejercer funciones de contenido público. En la segunda, el sujeto activo del delito actúa como funcionario público, es decir, decide firmar y desarrollar actos inherentes a un cargo que no posee legalmente. Ambos contenidos ilícitos pueden darse juntos o separadamente.

Pasemos a analizar pedagógicamente las hipótesis delictivas que tipifica el tipo penal 361 CP.

2.1. El que sin título usurpa una función pública

El supuesto se configura cuando el agente particular, que no tiene título alguno, en determinado momento ejerce ilegítimamente la función pública. Es irrelevante la finalidad que haya tenido el agente. Rojas Vargas (2002, p. 659) enseña que no interesa cómo realice el autor la usurpación, ya sea violentamente 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. Lo que sí resulta indispensable es la autoatribución dolosa del cargo y la realización del acto funcional.

Es decir, el sujeto activo que no tiene título de funcionario público, por ejemplo, en determinado momento comienza a ejercer tareas de la administración pública que implica el ejercicio de la voluntad estatal orientado a realizar una finalidad pública.

En la ejecutoria suprema del 3 de diciembre de 1997 (Exp. N.° 437-97-Ica, Rojas Vargas, 1999), se argumenta que «comete delito de usurpación de autoridad el acusado que ejerció el cargo de alcalde de forma ilegal, al no haber emanado dicho título de la voluntad popular, ni haber sido nombrado ni reconocido como tal por el ente electoral, sino por encargo de la alcaldesa» (p. 707).

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Amazonas del 3 de julio de 1996 (Exp. N.° 558-93, AMAG, *Serie de Jurisprudencia* 4, 2000), argumenta que «asumir las

funciones de autoridad municipal sin haber sido elegido en elecciones convocadas por autoridad electoral, constituye delito de usurpación de autoridad» (p. 397).

En igual línea de argumentación, la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura del 8 de enero de 1997 (Exp. N.° 443-97, AMAG, *Serie de Jurisprudencia* 4, 2000), fundamenta que «realiza delito de usurpación el funcionario municipal que intenta realizar un desalojo, perturbando la posesión de los agraviados, sin tener una orden judicial. Actúa como instigador el funcionario que mediante un acto administrativo determinó dicha conducta» (p. 427).

Es importante determinar que el agente debe hacerse pasar por un funcionario o autoridad que no le corresponde; caso contrario, si públicamente no usurpa la función pública, el delito no se configura. De modo que tiene mucha razón la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 6 de junio 1998 (Exp. N.° 137-98, ROJAS/BACA/NEIRA, 1999), cuando sostiene que el solo «hecho de haberse encontrado en el interior del vehículo del procesado un carné policial, no habiéndose acreditado que se le haya identificado como policía, se infiere que no se encuentran en la conducta del encausado los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal incoado» (p. 487).

En igual sentido en la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 11 de mayo de 1998 (Exp. N.° 421-2000, ROJAS VARGAS, 2002), se sostiene que «compulsando los hechos y las diligencias actuadas se tiene que, en autos no se ha acreditado la comisión del ilícito penal instruido, ni la responsabilidad penal del sentenciado, toda vez que los hechos sometidos a consideración: haberse encontrado en poder del encausado un *carnet* de la Policía Nacional del Perú, documento que lo habría encontrado en los servicios higiénicos del local comercial conocido como "El Hueco", conforme señala al momento de rendir su declaración instructiva, no reúne los presupuestos exigidos por el artículo 361 del Código Penal» (p. 727).

En esta modalidad, el agente será siempre un particular (Hugo Álvarez, 2000, p. 70). Es imposible que sea un funcionario o servidor público. Para las personas que tienen estas calidades les está reservado, como veremos, otras modalidades.

2.2. El que sin nombramiento usurpa una función pública

Esta hipótesis delictiva aparece en la realidad concreta cuando el agente-particular, sin nombramiento oficial y legítimo, en determinado momento comienza a realizar funciones públicas. Es importante determinar con Abanto Vásquez (2003, p. 68) que no basta que el agente trate de ejecutar un servicio público. Por ejemplo, no se configura el supuesto delictivo cuando un vecino se lleva la basura dejada en la calle que a los servidores de la Municipalidad les toca recoger, pero sí aparece el delito cuando, sin ser funcionario público nombrado en forma legítima, ordena que la basura sea recogida.

Esta modalidad también solo puede ser perpetrada por un particular, es decir, por una persona ajena a la administración pública.

2.3. El que sin título usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales

El supuesto delictivo aparece cuando el agente particular, funcionario o servidor público, sin título alguno, públicamente se atribuye la calidad de funcionario competente y comienza a dar órdenes militares o policiales. Sin duda que la facultad de dar órdenes militares o policiales está reservada para un reducido número de personas. Para ello se requiere un título o un 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.

El supuesto delictivo puede ser perpetrado tanto por un particular como por un funcionario o servidor público.

2.4. El que sin nombramiento usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales

De igual modo, este supuesto se presenta en la realidad concreta cuando un particular, funcionario o servidor público, sin nombramiento oficial legítimo, usurpa la facultad de dar órdenes militares o policiales. Se configura, por ejemplo, cuando un oficial de la PNP sin nombramiento alguno, un buen día se atribuye el cargo de comisario de una comisaría, y actuando como tal comienza a dar órdenes a los efectivos policiales que allí trabajan. Aparece el supuesto delictivo en comentario debido a que para ejercer el cargo de comisario previamente debe haber un nombramiento oficial. Sin nombramiento o designación, ningún oficial o suboficial de la PNP puede arrogarse este cargo.

En este supuesto también el agente o sujeto activo puede ser tanto un particular como un funcionario o servidor público.

Aquí es importante precisar con Rojas Vargas (2002, p. 660) que los títulos o nombramientos defectuosos imputables a error o deficiencia del ente estatal, existiendo buena fe del designado o elegido, no constituyen el componente típico «sin título o nombramiento», de la figura penal en análisis. Los comportamientos de las personas en tales circunstancias son irrelevantes penalmente.

2.5. Continuar ejerciendo el cargo público pese a haber cesado

La hipótesis delictiva aparece cuando el agente particular, que en determinado momento ha tenido la calidad de funcionario o servidor público, continúa ejerciendo función pública pese a que ha sido destituido del cargo.

Destitución es la separación de un funcionario o servidor público de su cargo y, por ende, de las funciones públicas, previo proceso disciplinario administrativo que finaliza con una resolución que fundamenta la sanción de destitución (Hugo Álvarez, 2000, p. 74). Determinar las razones de su destitución es irrelevante a efectos de la tipicidad y menos es relevante para imputar responsabilidad. Destitución es la separación de un funcionario o servidor público de la actividad pública o estatal, generalmente por medida disciplinaria grave o delictiva. La

destitución le priva al agente de su calidad especial de funcionario o servidor público (ROJAS VARGAS, *2002*, p. 663).

Por ejemplo, se configura el supuesto cuando un fiscal, por resolución de la Fiscalía de la Nación ha sido destituido del cargo de fiscal provincial y, sin embargo, pese a haber sido notificado y tener conocimiento de la destitución, continúa ejerciendo las funciones de fiscal provincial (tomar manifestaciones, levantar cadáveres, participar en autopsias, etc.) alegando que no llega su reemplazo.

Este supuesto delictivo solo puede ser perpetrado por un particular que en determinado momento fue funcionario o servidor público.

2.6. Continuar ejerciendo el cargo público del cual ha cesado

La hipótesis delictiva aparece cuando el agente particular, que en determinado momento ha tenido la calidad de funcionario o servidor público, continúa ejerciendo función pública pese a que ha sido cesado del cargo. Determinar las razones de su cese es irrelevante a efectos de la tipicidad y menos es relevante para imputar responsabilidad. Cese es un estado administrativo de carácter legal, por resolución administrativa o por aceptación de la renuncia. El cese produce la terminación temporal o definitiva del cargo (ROJAS VARGAS, 2002, p. 663). De manera similar, Hugo Álvarez (2000, p. 75).

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 a que ha sido notificado y por lo 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.

Este supuesto delictivo, también, solo puede ser perpetrado por un particular que en determinado momento fue funcionario o servidor público.

La sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac del 19 de septiembre de 1997 (Exp. N.° 431-1995, AMAG, *Serie de Jurisprudencia* 1) resolvió un caso de la vida real y expresó

en forma atinada: «El hecho 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 cuanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna» (p. 491).

En la misma línea la ejecutoria suprema del 5 de marzo 1998 (Exp. N.° 2294-97-Lima, ROJAS VARGAS, 2005) argumenta que «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» (p. 711).

2.7. Continuar ejerciendo un cargo público del cual está suspendido

Se configura esta hipótesis delictiva cuando el agente funcionario o servidor público que se encuentra suspendido en el ejercicio de sus funciones normales por una medida disciplinaria, por ejemplo, continúa ejerciendo sus funciones.

La suspensión al igual que la destitución es una sanción disciplinaria, aunque menos grave, que pone fin temporal al cargo o ejercicio de la función. La suspensión puede dictarse igualmente como medida preventiva con los mismos efectos que la sanción disciplinaria, pero a resultas del proceso investigatorio (ROJAS VARGAS, 2002, p. 663). En sentido parecido, Hugo Álvarez (2000, p. 75).

Se presenta el supuesto cuando, por ejemplo, un congresista es suspendido por el Pleno del Congreso por ciento veinte días por haber contratado personal incompetente como sus asesores, y hace caso omiso a la suspensión y continúa ejerciendo sus funciones congresales.

2.8. Continuar ejerciendo un cargo público del cual ha sido subrogado

El supuesto delictivo aparece cuando el agente, en su calidad de funcionario o servidor público, ha sido subrogado o cambiado por otro que lo reemplaza en la función o ejecución del servicio (HUGO

Álvarez, 2000, p. 75), sin embargo, haciendo caso omiso al cambio dispuesto por autoridad competente continúa ejerciendo el cargo.

Un supuesto de hecho que configura la hipótesis delictiva sería el caso de los peritos nombrados por el juez en un proceso judicial para que realicen determinada pericia y emitan su correspondiente dictamen pericial, por lo que ante su incumplimiento y luego del requerimiento del juez, son subrogados o cambiados por otros peritos; sin embargo, aquellos, haciendo caso omiso al cambio decretado por el juez, continúan ejerciendo la labor de peritos judiciales.

2.9. Ejercer funciones correspondientes a cargo diferente del que le corresponde

También se configura el supuesto delictivo de usurpación de funciones cuando el agente funcionario o servidor público, desconociendo su rol específico, dolosamente ejerce funciones que no le corresponden y por el contrario corresponden a otro funcionario o servidor público. El agente ejerce funciones que sabe o conoce corresponden a un cargo diferente del que tiene en la realidad.

El profesor Caro John (2010) enseña que «el ilícito penal en mención requiere además un actuar doloso de parte del autor. Si bien el Código penal no define el dolo, este es concebido por la doctrina como conocimiento y voluntad de realizar el tipo, es decir, al autor le debe ser manifiesto que con su actuación asume una competencia que no es la suya» (p. 131).

Rojas Vargas (2002, p. 664) enseña que se ejercen funciones que corresponden a cargo distinto del que se tiene, cuando el sujeto activo, conociendo los límites de sus funciones, invade dolosamente las atribuciones o facultades de otro cargo, o cuando acepta ejercer otras funciones a través de una delegación ostensiblemente ilegítima.

Lo indebido equivale a lo ilegal, es decir, lo que es contrario a la normativa. Siendo atípica, por ejemplo, la conducta del funcionario público que por encargo del titular del pliego asume y ejerce distintas funciones al cargo del cual es titular (Hugo Álvarez, 2000, p. 76).

Aparece este supuesto cuando, por ejemplo, un fiscal del Ministerio Público decreta la detención de determinado ciudadano alegando que ha realizado un delito grave. Aquí el fiscal será autor del delito en hermenéutica jurídica, debido a que todos sabemos que los fiscales no tienen la función de ordenar la detención de nadie, eso es función exclusiva de la Policía Nacional en caso de flagrancia delictiva o del juez. Así aparece determinado en la Constitución Política del Estado.

De un caso real y concreto nos da cuenta la ejecutoria superior del 26 de septiembre de 2000 de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima (Exp. N.° 5484-98, ROJAS VARGAS, 2002), en la cual se afirma: «Con las diligencias llevadas a cabo se ha afianzado la imputación formulada contra los encausados por el delito de usurpación de autoridad en agravio del Estado, pues se ha llegado a establecer que efectivamente participaron en la intervención de un ciudadano que se hallaba al interior de un restaurante en el cercado de Lima, no estando facultados los encausados, quienes a la fecha de los hechos eran servidores del Instituto Nacional Penitenciario, a practicar tales intervenciones fuera de las instalaciones de la referida entidad; conducta que constituye un acto típico que importa el ejercicio de una función diferente de la que tenían, afectándose así la administración pública que es, en estricto, el bien jurídico objeto de tutela» (p. 728).

En cambio, en la ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2001 (Exp. N.° 1563-2001-Tacna, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004), se precisa que «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» (p. 74).

Así también la Suprema Corte por ejecutoria del 13 de diciembre de 1994 (Exp. N.° 3012-93-B-Huánuco, GÓMEZ MENDOZA, 1996) se pronunció sobre un caso de la vida real, argumentando que «la

conducta del procesado de presentar una denuncia penal contra un exalcalde, suscribiéndola como regidor de dicho municipio, no obstante que se había declarado la vacancia de su cargo, no configura delito de usurpación de autoridad, porque con la formulación de la denuncia el procesado no estaba ejerciendo ilegítimamente una función pública u otro acto inherente a su cargo; por considerarse que aún ostentaba el cargo de regidor dado que su caso mereció resoluciones favorables a nivel jurisdiccional, estando solo pendiente de ser resuelto por la Corte Suprema, máxime si la denuncia fue debido a que le asistían los derechos por ser ciudadano y con el único propósito que tenía de moralización» (p. 289).

En parecido sentido tenemos la ejecutoria suprema del 02 de abril de 2014 (R. N. N.° 1076-2013-Ucayali). Allí la Sala Penal Permanente sostiene que «en cuando al delito de usurpación de funciones imputado al procesado Vela Sánchez, se aprecia que al momento de los hechos ostentaba el cargo de Jefe de la Oficina de Desarrollo Comunal, y como tal elaboró y aprobó los expedientes técnicos, y viso las resoluciones ejecutivas regionales números..., funciones que según lo estipulado en el Reglamento de Organización y Funciones correspondía al Gerente de Operaciones y Subgerente de estudios, con lo cual se verifica que el procesado ejecutó acciones que no le correspondían y, por lo tanto, se presentan verificados los elementos del tipo penal atribuido».

Sobre este supuesto delictivo, tenemos un interesante precedente emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema el 14 de noviembre de 2022 (Apelación N.° 44-2022-Selva Central). En efecto, en el precedente aparece que se atribuyó al investigado «haber usurpado funciones correspondiente a cargo diferente del que ejercía, habiendo suscrito (firmado) sin autorización alguna de su jefe inmediato; es decir, del Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Mixta de Pichanaqui, Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores o Fiscalía de la Nación, la disposición de formalización de investigación preparatoria del 30 de Noviembre de 2017 (...), sobre las actuaciones investigatorias preliminares seguida contra Gustavo ..., por el delito contra el Patrimonio en la modalidad de extorsión, en agravio de Roberto ... y María..., y

el Requerimiento de prisión preventiva, con fecha 01 de Diciembre del 2017, las mismas que forman parte de la Carpeta Fiscal ... de la Fiscalía Provincial Mixta de Pichanaqui».

El caso evidentemente es atípico, pues de acuerdo con la organización del Ministerio Público, en un despacho fiscal existe un fiscal provincial y fiscales adjuntos provinciales. En el ámbito penal, tanto provincial como los adjuntos son responsables de dirigir las investigaciones que el coordinador les asigna. De ahí que la Sala Penal Permanente haya resuelto el caso sosteniendo que «conforme ha quedado expuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, los fiscales —sin distinción— pueden contar con el auxilio de fiscales adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones, sin explicitar el límite de dichas atribuciones. Así, el procesado Lyndon ... en su desempeño como fiscal adjunto, en el marco de la investigación seguida en la Carpeta Fiscal ..., suscribió la disposición de formalización de investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva contra Gustavo ... por el delito contra el patrimonio en la modalidad de extorsión, en agravio de Roberto ... y María...; empero no se advierte de la lectura de la Ley Orgánica o de la norma procesal distinción explícita entre las atribuciones de un fiscal provincial y un fiscal adjunto, ni que tal acto de suscripción de la disposición de formalización de investigación preparatoria y el requerimiento de prisión preventiva revista de entidad diferente al cargo que ostenta, tanto más si se encontraba como responsable de la citada investigación; en consecuencia, la conducta atribuida al procesado, en los términos formulados, resulta atípico».

En conclusión, se declaró infundado el recurso de apelación formulado por el representante del ministerio público; en consecuencia, confirmaron el auto por el cual el juzgado superior de investigación preparatoria de la corte superior de justicia de la selva central declaró fundado el requerimiento de sobreseimiento formulado por la defensa del procesado lyndon ... en el marco del proceso por el delito de usurpación de funciones, en agravio del estado-ministerio público.

2.10. Agravantes

El tipo penal en el artículo 361, modificado por el Decreto Ley N.° 25444 del 23 de abril de 1992, recoge dos supuestos delictivos que agravan la conducta del agente.

2.10.1. El agente presta resistencia a las fuerzas del orden

La agravante se configura cuando el agente 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, presta resistencia a efectivos de la Policía Nacional. 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.

2.10.2. El sujeto activo se enfrenta a las fuerzas del orden

La agravante se configura cuando el agente 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, se enfrenta abiertamente a efectivos de la Policía Nacional. Es decir, el agente, en su afán de ejercer o seguir usurpando la función pública que no le corresponde, se enfrenta a las fuerzas del orden quienes, se entiende, pretenden evitar que el agente siga cometiendo el delito de usurpación de funciones o autoridad en cualquiera de las modalidades antes ya explicadas.

La circunstancia agravante que aumenta el injusto del delito está redactada finalísticamente (Rojas Vargas, *2002,* p. 666). 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 enfrenta-

miento se realiza *ex post*, esto es, durante el ejercicio de las funciones, la tipicidad del hecho será la del artículo 368 CP, lo cual genera, como es fácil deducir, un cuadro contradictorio de tratamiento punitivo.

2.11. Bien jurídico protegido

La ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 13 de agosto de 1998 (Exp. N.° 1773-98, ROJAS VARGAS, 1999) precisa: «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» (p. 485).

En cuanto al bien jurídico específico directamente afectado, es la legalidad de la función en cuanto a la competencia o idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública para decidir o establecer distintas esferas de competencia entre los funcionarios (Creus y fontán Balestra, citados por ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 61). Igual, Creus citado por HUGO ÁLVAREZ (2000, p. 79).

En sentido parecido, Rojas Vargas (2002, p. 653) refiere que el objeto específico es el de garantizar la exclusividad en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas a los órganos y agentes estatales.

2.12. Sujeto activo

Por la calidad del sujeto activo podemos aseverar que estamos frente a un delito mixto. Por un lado, el sujeto activo o autor del delito en análisis puede ser cualquier persona. No se exige alguna condición o cualidad especial, en consecuencia, estamos frente a supuestos de un delito común. Pero, por otro lado, tenemos también supuestos en los cuales solo una persona que tiene la condición de funcionario o servidor público puede ser autor del delito. Se trata de supuestos de delito especial. En estos casos, si junto con el sujeto público participa un extraño, este último podrá responder por el delito que se realice a título de cómplice.

2.13. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o afectado con la conducta típica del agente siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido: la administración pública.

En la ejecutoria suprema del 23 de febrero de 2005 (R. N. N.° 383-2004-Junín, *Jurisprudencia Penal II*, 2005), la Suprema Corte ha dejado establecido que «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» (p. 211).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todos los supuestos delictivos previstos y sancionados en el artículo 361 CP, sin lugar a duda, son de comisión dolosa. No cabe la comisión culposa.

El agente debe tener conocimiento de que está usurpando funciones o autoridad que no le corresponden y con tal conocimiento actúa voluntariamente. El agente debe actuar conociendo que lo hace arbitrariamente y con libre voluntad de consumar el delito (Rojas Vargas, 2002, p. 664).

4. ANTIJURIDICIDAD

Después que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Es posible que se den casos en los cuales alguna causa de justificación prospere, por ejemplo, en el caso en que el agente es cesado por límite de edad, resolución ante la cual ha interpuesto una acción de amparo y sigue ejerciendo sus labores, puede alegar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho.

También, el ejercer por parte del sujeto activo actos ejecutivos de función pública por mandato de una ley que ordena su permanencia hasta el acto de toma de posesión de su sucesor, será un comportamiento legitimado por una causa de justificación. De igual modo, el sujeto activo que permanece en el ejercicio de funciones para evitar a la administración pública o al servicio un mal o perjuicio grave estará amparado por un estado de necesidad justificante (ROJAS VARGAS, 2002, p. 662).

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de usurpación de función pública u autoridad no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de usurpación de función pública, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de usurpación de funciones públicas u autoridad.

5.1. Error de prohibición

Doctrinariamente se conoce que un ciudadano no obra culpablemente cuando no está en condiciones de comprender la antijuridicidad de su actuar, es decir, no se le puede reprochar penalmente a quien actúa sin la posibilidad de conocer la ilicitud formal y material de su conducta. Apareciendo de ese modo lo que se conoce como «error de prohibición», recogido en nuestro sistema jurídico en la última parte del artículo 14 CP.

Se configura el supuesto de error de prohibición cuando el autor cree erróneamente que actúa lícitamente o cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su conducta. Esta clase de error puede ser directo o indirecto.

Se presenta el error de prohibición directo cuando el autor no conoce, en cuanto tal, la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma como lícita su acción. Pueden presentarse tres supuestos: cuando el agente no conoce la norma prohibida; cuando el autor conozca la norma prohibitiva, pero lo considera no vigente, y cuando el autor interpreta (error de subsunción) equivocadamente la norma y la reputa no aplicable al caso.

En tanto que el error de prohibición indirecto se configura cuando el agente actúa en forma errónea sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción generalmente prohibida. Puede presentarse también tres supuestos: cuando el agente se equivoque acerca de la existencia de una causa justificante; cuando el autor yerra sobre los límites de una causa de justificación, y cuando se actúa con error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho.

Traspasando estos conceptos al delito de usurpación de funciones públicas, es posible que muy bien pueda presentarse un error de prohibición directo cuando el autor actúa creyendo que constituye un acto lícito el continuar ejerciendo el cargo público pese a que ha sido cesado, hasta que entregue el cargo a su reemplazante.

6. CONSUMACIÓN

Se sabe que un delito está consumado con el total cumplimiento del tipo, es decir, con la realización de todos los elementos integrantes del tipo penal. En tal sentido, en la ejecutoria suprema del 30 de septiembre de 1997 (Exp. N.° 5334-96-Lima, ROJAS VARGAS, 2005) se señala: «para la configuración del delito de usurpación de autoridad es necesario que el sujeto activo realice actos compatibles con la función que usurpa» (p. 702). Sin embargo, hay que tener en cuenta que de su estructura se deduce que se trata de un delito de mera actividad. Rojas Vargas (2002, p. 665) prefiere denominar a las modalidades típicas «delitos de peligro».

La ejecutoria suprema del 7 de noviembre de 1997 (Exp. N.° 6476-96- Puno, ROJAS VARGAS, 2005) da cuenta de un caso real de consumación

del delito en hermenéutica jurídica. En efecto, allí se sostiene que «el ilícito penal perpetrado por el acusado, quien fungía de ejecutor coactivo, consiste en haber dispuesto que se trabe embargo de bienes de la empresa agraviada, constituye delito consumado de usurpación de autoridad y no tentativa del mismo» (p. 703).

En el ejemplo del servidor auxiliar del Congreso, que habiendo cesado en el cargo continuó atribuyéndose la calidad de funcionario del Poder Legislativo, el delito aparece consumado cuando el agente sorprende a diversas entidades y, con su acto, ocasiona perjuicio a terceros.

7. TENTATIVA

Ya sabemos que los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa (Villavicencio Terreros, 2006, p. 420). Sus límites los representa el inicio de la ejecución típica del delito y su no consumación.

La ejecutoria suprema del 29 de octubre de 1999 (R. N. N.° 3395-99, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales 3*, 2002), establece que «la tentativa, a diferencia de la consumación, importa de parte del agente una puesta en marcha del plan personal de ejecución sin lograr realizar el fin representado; así, este da cumplimiento de todos los requisitos del tipo, tanto objetivo como subjetivo, realizándolo imperfectamente, de modo que constituye una interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación» (p. 543).

De modo que el delito de usurpación de funciones, al ser un delito de carácter doloso y de resultado, es perfectamente posible que se quede en grado de tentativa. Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 665) señala que las formas de tentativa son admisibles en la primera modalidad, en el primer supuesto; en el segundo supuesto, es decir, al dar órdenes policiales o militares el acto ejecutivo mismo consuma ya el delito, siendo difícil la producción de tentativa. En las otras modalidades la admisión de tentativa se torna en una posibilidad de realización muy conflictiva.

Por ejemplo, estaremos en el grado de tentativa cuando, en el ejemplo del servidor auxiliar del Congreso que habiendo cesado en el cargo continuó atribuyéndose la calidad de funcionario del Poder Legislativo, es sorprendido por efectivos de la PNP en el primer momento y acto que ilegítimamente se dispone a continuar mostrándose como servidor público.

8. PENALIDAD

Si el agente es encontrado responsable de alguno de los supuestos delictivos analizados será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años, e inhabilitación de uno a dos años conforme con el artículo 36, incisos 1 y 2.

En cambio, si el agente es encontrado responsable de alguna de las hipótesis, pero con alguna de las agravantes previstas en el último párrafo del tipo penal, artículo 361, el agente será merecedor de pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

§ 2

OSTENTACIÓN INDEBIDA DE DISTINTIVOS DE FUNCIÓN PÚBLICA, GRADO ACADÉMICO, TÍTULO PROFESIONAL U HONORES

1. TIPO PENAL

El tipo penal en el artículo 362 CP recoge los supuestos delictivos que en conjunto podemos etiquetar como el delito de ostentación indebida de distintivos de función pública, grados académicos u honores, el mismo que no tiene antecedentes en la legislación nacional. El contenido es como sigue:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal se desprende que el artículo 362 CP recoge varios supuestos o hipótesis delictivas que por sí solos representan la tipicidad objetiva del delito en análisis. Para efectos pedagógicos consideramos necesario explicar brevemente cada uno de estos supuestos:

2.1. Públicamente, ostenta insignias de una función pública que no ejerce

Se configura el delito cuando el agente en forma pública ostenta, lleva, muestra o porta una insignia de una función o cargo públicos que no le corresponde. Público es lo susceptible de ser visto por un número indeterminado de personas. Mientras que la ostentación puede servir para ser vista por varias personas; igual se configura el delito así solo una persona haya visto la insignia y luego, por ejemplo, es intervenido el agente.

En la ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2000 (N.° 367-2000, Lima, ROJAS VARGAS, 2002) se argumenta que «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, tal conducta debe sancionarse con arreglo a lo previsto en el artículo 362 del Código Penal» (p. 654).

De modo que, para la interpretación del tipo penal, artículo 362 CP peruano, no es de recibo aquella posición que argumenta: no basta, entonces con que hayan visto un número limitado de personas (Creus, citado por ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 83). De manera similar, Rojas Vargas (2002, p. 674) y Creus, citado por Hugo Álvarez (2000, p. 98).

Igual, así solo haya visto una persona la insignia que mostró el agente, el delito se configura. El hecho que la ostentación sea pública debe entenderse que exista la posibilidad, solo la posibilidad, de que sea visto portando la insignia por infinidad de personas.

Es importante dejar establecido que la ostentación tiene que ser pública, si se verifica que el agente portaba la insignia en forma secreta, solo para él, sin mostrarla a nadie, el delito no aparece.

2.2. Públicamente, ostenta distintivos de una función pública que no ejerce

Se configura cuando el agente en forma pública ostenta, lleva, muestra o porta un distintivo dé una función o cargo públicos que no

le corresponde. Público es lo susceptible de ser visto por un número indeterminado de personas. No obstante que la ostentación puede servir para ser vista por varias personas, igual se configura el delito así solo una persona haya visto el distintivo y luego es intervenido el agente, por ejemplo.

El hecho que la ostentación sea pública debe entenderse que exista la posibilidad, solo la posibilidad de que el distintivo sea visto por infinidad de personas.

Rojas Vargas (2002, p. 674), siguiendo al argentino Sebastián Soler, es de posición diferente al señalar que lo relevante es que la ostentación se difunda y sea apreciada por una pluralidad de personas. La notoriedad de la ostentación no alude a la forma que esta asuma, sino al destino público logrado por la misma.

Es importante dejar establecido que la ostentación tiene que ser pública, si se verifica que el agente portaba el distintivo en forma secreta, solo para él, sin mostrarlo a nadie, el delito no aparece. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 11 de enero de 1995 (Exp. N.° 3253-94, Rojjasi Pella, 1997) cuando concluyó que «la sola tenencia de un *carné* de la Policía Nacional del Perú 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» (p. 201).

Tampoco aparece la tipicidad si el sujeto activo muestra u ostenta ante una persona específica o ante sus familiares, sin que haya posibilidad de ser visto por otras personas.

2.3. Públicamente, se arroga un grado académico que no le corresponde

El supuesto delictivo se configura cuando el agente dolosamente se arroga, o mejor, se atribuye un grado académico que no le corresponde. Aparece cuando el agente, por ejemplo, se atribuye el grado de magíster o doctor en Derecho cuando en la realidad se verifica que no ha concluido los estudios ni siquiera de pregrado.

Arrogarse es darse a sí mismo arbitrariamente los valores anunciados en el tipo, autoatribuirse calidades no poseídas legalmente (ROJAS VARGAS, 2002, p. 676).

La hipótesis delictiva es posible solo a título de comisión, no es posible por omisión. De igual modo es un delito de mera actividad, no es necesario causar perjuicio a terceros para su verificación. El delito se verifica en forma objetiva con el solo hecho de atribuirse un título profesional que en la realidad concreta no se tiene.

Si son terceros los que confieren o imputan un grado académico que aquel no tiene, el supuesto delictivo no aparece.

2.4. Públicamente, se arroga un título profesional que no le corresponde

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente dolosamente se arroga o mejor, se atribuye un título profesional que no le corresponde. Aparece cuando el agente, por ejemplo, se atribuye el título de abogado cuando en la realidad se verifica que no ha obtenido el grado académico de bachiller, grado que es requisito indispensable para obtener el título profesional. O también aparece el delito cuando el agente se atribuye el título de odontólogo y ejerce la profesión, cuando apenas está concluyendo sus estudios universitarios.

La hipótesis delictiva es posible solo a título de comisión, no es posible por omisión. De igual modo es un delito de mera actividad, no es necesario causar perjuicio a terceros para su verificación. El delito se verifica en forma objetiva con el solo hecho de atribuirse un título profesional que en la realidad concreta no tiene.

2.5. Públicamente, se arroga honores que no le corresponde

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente dolosamente se arroga o mejor, se atribuye honores que en realidad no le corresponden. Los honores son las distinciones especiales concedidas por el Estado a particulares en atención a sus méritos o servicios prestados a la

nación. Los honores oficiales son condecoraciones, diplomas, menciones honoríficas, doctorados *honoris causa*, etc., todos de carácter oficial (ROJAS VARGAS, 2002, p. 677). También Hugo Álvarez (2000, p. 103).

Aparece cuando el agente, por ejemplo, se atribuye condecoraciones o reconocimientos oficiales cuando en realidad se verifica que aquel nunca fue condecorado o reconocido por institución pública alguna.

La hipótesis delictiva, igual que las anteriores, es posible solo a título de comisión, no es posible por omisión. De igual modo es un delito de mera actividad, no es necesario causar perjuicio a terceros para su verificación. El delito se verifica en forma objetiva con el solo hecho de atribuirse una condecoración o reconocimiento oficial que en la realidad concreta nunca lo tuvo.

Sin lugar a duda, los honores deben ser «oficiales» en el sentido de ser reconocidos por las leyes del derecho público nacional (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 88).

2.6. Bien jurídico protegido

En doctrina es lugar común sostener que no aparece claro cuál sea el bien jurídico protegido en estos supuestos delictivos. Por ello, se busca despenalizarlo. Queda claro que la recta administración pública de modo alguno puede ser lesionada con alguno de los supuestos analizados o si llegamos a concluir que sí lo hacen, esto es de modo mínimo. Esta es la razón por la que en otras legislaciones estas hipótesis delictivas se regulan en otra sección del Código Penal. En España, por ejemplo, se las regulan en la sección de faltas.

No obstante, si existiera algún bien jurídico específico tutelado, este debería ser la lealtad en el uso de títulos (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 82). Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 673) y Hugo Álvarez (2000, p. 103) enseñan que el objeto de la tutela penal es 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.

2.7. Sujeto activo

Autor, agente o sujeto activo de cualquiera de las hipótesis delictivas puede ser cualquier persona, no se exige alguna cualidad o calidad especial. Es un delito común.

2.8. Sujeto pasivo

De la lectura del tipo penal, se concluye que el sujeto pasivo será el Estado, toda vez que el distintivo o insignia que ostenta el agente debe ser de carácter oficial, así mismo, los grados, título profesional u honores deben ser también oficiales, es decir, otorgados por la administración pública de acuerdo con el procedimiento previamente establecido.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Cualquiera de los supuestos delictivos analizados es de comisión dolosa, no cabe la comisión culposa.

El sujeto activo debe tener conocimiento de la conducta que se dispone a efectuar y voluntariamente lo realiza.

Solamente es posible el dolo directo, debido a que el sujeto activo debe conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo y, además, querer el riesgo de la confusión sobre el carácter público que importa la ostentación de las insignias, distintivos o arrogarse un título profesional, grado académico u honores que no le corresponde.

No le falta razón a un sector de la doctrina (Abanto Vásquez, 2003, p. 86) cuando sostiene que esta interpretación es la más conveniente por razones de política criminal con la finalidad de restringir los alcances del tipo.

Sin mayor explicación, Rojas Vargas (2002, p. 678) sostiene que es suficiente el dolo eventual.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad de los supuestos

delictivos que regula el artículo 362 CP, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 362 CP no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar, el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de usurpación de función pública, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego se determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de usurpación de funciones públicas o autoridad.

6. CONSUMACIÓN

Cualquiera de los supuestos delictivos analizados se perfecciona o consuman cuando el agente públicamente ostenta una insignia o distintivo que no le corresponde o públicamente se arroga un título profesional, académico u honores que no le corresponde. El delito igual aparece consumado, así se verifique que solo a una persona (el agente) le enseñó el distintivo, insignia, título académico o profesional. El término «públicamente» debe entenderse como la posibilidad de ser visto por muchas personas.

En suma, estamos ante modalidades delictivas de mera actividad y de peligro abstracto de naturaleza activa y de consumación instantánea, que pueden asumir permanencia en la medida en que los actos de ejecución-consumación persistan en el comportamiento antijurídico (Rojas Vargas, 2002, p. 678).

7. TENTATIVA

Aun cuando es un delito de mera actividad en el cual no se necesita verificar algún perjuicio para terceros para la consumación del delito, es posible la tentativa.

Se presentará, por ejemplo, la tentativa cuando el agente luego de que se ha hecho confeccionar un título profesional de odontólogo en Azángaro, en instantes en que se dispone a colgar su seudo título en una pared de la sala de su vivienda, es intervenido por personal policial. Aquí, el delito no se ha consumado, pues el agente no ha tenido oportunidad aún de mostrarse públicamente como odontólogo como era su finalidad. El hecho delictivo no se ha consumado debido a que el título profesional falso no ha sido visto por alguna persona.

Abanto Vásquez (2003, p. 89), siguiendo al argentino Carlos Creus —quien, dicho sea de paso, hace hermenéutica jurídica de la legislación argentina— es de criterio diferente. El citado autor sostiene que no es posible la tentativa, pues la actividad (el emprendimiento) exteriormente reconocible ya implica la consumación, antes de ello no es reconocible ningún injusto penal. En parecido sentido, Rojas Vargas (2002, p. 678) refiere que se torna difícil asimilar la tentativa sobre todo en la primera modalidad.

8. PENALIDAD

Si el agente luego del debido proceso es encontrado responsable, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de diez a veinte jornadas.

§ 3

EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

1. TIPO PENAL

El delito de ejercicio ilegal de profesión se encuentra regulado por primera vez en nuestra patria en el artículo 363 CP de 1991. Antes no fue objeto de regulación. Luego de la modificatoria introducida por la Ley N.° 28538, de junio de 2005, el delito ejercicio ilegal de profesión, que los españoles prefieren denominar «intrusismo», tiene el siguiente contenido:

> **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. 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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Como se mencionó, los españoles denominan «intrusismo» a la figura jurídica de ejercicio ilegal de profesión. En ese sentido, Quintero Olivares (1996, p. 1120) enseña que el intrusismo tiene su esencia ilícita

en la invasión del ámbito competencial que por razones de conocimientos específicos el sistema jurídico y técnico ha reservado a un número de personas, de manera tal que quienes no posean esa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos.

El tipo penal, artículo 363 CP, en su nivel básico recoge dos hipótesis delictivas, que se diferencian en la mayor magnitud de pena privativa de libertad que trae como consecuencia la segunda modalidad. La primera modalidad es punible con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; en tanto que la segunda hipótesis delictiva es reprimida con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Pero ¿en qué consiste cada una de estas modalidades?

2.1. Ejercicio de profesión sin reunir requisitos legales

En primer término, como menciona Rojas Vargas (2002, p. 686), debemos establecer que la profesión es una calidad social funcional adquirida tras un proceso de preparación académica en la universidad, y que posibilita el ejercicio de una ciencia, arte u oficio. El concepto recogido en el tipo penal no está tomado en su acepción ordinaria de empleo u oficio, ni tampoco en sentido amplio para asignar con él a todas las actividades posibles. El derecho penal peruano emplea el concepto restrictivo, pues maneja un concepto normativo de profesión que se refiere solo a aquellas profesiones regladas o sometidas a formalidades legales a efectos de su ejercicio.

Esta modalidad delictiva se configura cuando el agente sin reunir los requisitos previstos por ley ejerce una profesión. Se presenta esta hipótesis delictiva cuando, por ejemplo, el agente sabiendo que para ejercer la profesión que ha estudiado en la universidad debe colegiarse, omitiendo tal requisito legal, ejerce la profesión. También comprende esta modalidad a aquellos profesionales que, pese a conocer que han sido inhabilitados o suspendidos en el ejercicio de su profesión, la ejercen (Rojas Vargas, 2002, p. 689). Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 94), considerando que esta interpretación atenta contra el

principio de lesividad, y alejándose del sentido real del tipo penal, propone que esta modalidad comprende a aquel que tiene un título, pero no una especialización adicional para ejercer las actividades que la requieran según la ley.

De esa forma, la ejecutoria suprema del 22 de septiembre de 1998 (Exp. N.° 1569-98-Piura, ROJAS VARGAS, 2005) da cuenta de un caso real:

> 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 pleno conocimiento que no podía realizar actos de intrusión en el campo profesional de abogado, y sin embargo los realizaba en connivencia con letrado. (p. 369)

Igual es el sentido de la ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 1997 (Exp. N.° 617-97-Lima, ROJAS VARGAS, 2005):

> [H]abiéndose acreditado que el procesado se aprovechó de su condición de practicante del Juzgado de Paz Letrado a fin de ejercer ilegalmente la profesión de abogado, siendo amparado por el letrado, igualmente procesado, se hallan acreditados los delitos de ejercicio ilegal y participación en el ejercicio ilegal de profesión. (p. 373)

La modalidad delictiva aparece cuando el agente no solo se atribuye o arroga una profesión cuyos requisitos legales aún no tiene, sino cuando hace o realiza actos que comprenden el ejercicio real de la profesión de que se trate.

2.2. Ejercer profesión con falso título

¿Qué debe entenderse por título? El tipo penal se refiere al título profesional o académico el otorgado de manera oficial por el Estado y materializado en un documento (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 93). Solamente este es el que tiene suficiente entidad como para que la conducta típica pueda atentar contra el bien jurídico.

Esta modalidad delictiva se configura o perfecciona cuando el sujeto activo, ostentando título falso, ejerce una profesión. Asimismo, cuando el agente con conocimiento y voluntad se agencia de un título falso y se atribuye una profesión y comienza a ejercerla pública o privadamente. Por ejemplo, se presenta esta modalidad cuando una persona, sin tener estudios de medicina o no haber concluido sus estudios universitarios de medicina, obitne un título falso de médico y comienza a ejercer la citada profesión. Caso contrario, si llega a determinarse que el título es auténtico, pero el agente no ha cumplido con las formalidades para ejercer la profesión, aquel será atribuido el delito en la primera modalidad.

De ese modo, no compartimos la posición de Rojas Vargas (2002, p. 687), al explicar esta modalidad en análisis, porque enseña que el falso título es el instrumento que adolece de autenticidad, o que siendo auténtico resulta insuficiente para habilitar al sujeto para el ejercicio de profesión. Es falso título entonces, tanto el espurio como el auténtico que no gozan de identidad oficial.

En suma, si estamos ante un título auténtico, pero no suficiente para ejercer la profesión, estaremos ante la primera modalidad ya explicada, pero de modo alguno en la presente.

2.3. Agravante

Ambas modalidades analizadas se agravan si el agente materializa el ejercicio ilegal de la profesión en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado, bajo cualquier modalidad contractual. Por ejemplo, aparece la agravante cuando el agente, presentándose con título falso ante el Ministerio de Trabajo, es contratado y comienza a ejercer la profesión de abogado en esta dependencia de la administración pública.

2.4. Bien jurídico protegido

Al ubicarse el tipo penal dentro de los delitos contra la administración pública, debe concluirse que busca proteger el bien jurídico genérico denominado «recta administración pública».

Al pretenderse proteger diversos intereses, tales como la exclusividad de la habilitación, la confianza pública, solvencia profesional, etc., se trata de un «delito pluriofensivo». Se pretende proteger el interés público concerniente al normal funcionamiento de la administración pública, cuyo objetivo es que algunas profesiones sean ejercidas por quienes están en posesión de una especial habilitación administrativa, a fin de garantizar al ciudadano los requisitos de idoneidad y capacidad en quien la ejercita (Delpino, citado por ROJAS VARGAS, 2002, p. 685).

En cambio, para Abanto Vásquez (2003, p. 90), el atentado contra el bien jurídico «correcto funcionamiento de la administración pública» no es tan visible en el tipo penal peruano. El ejercicio ilegal de profesiones se relaciona sobre todo con la fe pública, afirma el citado autor, en cuanto a la capacidad de los que desempeñan profesiones y oficios para los cuales se requiere una titulación oficial.

2.5. Sujeto activo

Sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica puede ser cualquiera. El tipo penal no exige alguna cualidad o condición especial. Entonces, puede ser tanto un particular como un funcionario o servidor público. Igual se constituye en agente aquel profesional que dolosamente invade o ejerce otra profesión para la cual no reúne los requisitos establecidos por ley.

2.6. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo del delito es el Estado, toda vez que es el único titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro como es la correcta administración pública. De ese modo, queda claro que, por ejemplo, los colegios profesionales de médicos, abogados, ingenieros, contadores, psicólogos y de periodistas, solo serán agraviados del delito.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Las dos modalidades delictivas son de comisión dolosa, por tanto, no cabe la comisión por culpa. Requieren que el agente realice el ejer-

cicio ilegal de la profesión con conocimiento y voluntad. El agente en su actuar doloso debe de atribuirse la cualidad profesional y ejercerla, no basta solo la práctica de actos profesionales desvinculados del dolo (Cuello Calón, citado por ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 690).

Por la redacción del tipo penal, se evidencia que en las dos modalidades solo es posible el dolo directo (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 95). En tanto que Rojas Vargas (2002, p. 690), sin explicación alguna, afirma que es suficiente el dolo eventual.

El error sobre la licitud del ejercicio constituye un error de tipo, que será resuelto según el primer párrafo del artículo 14 CP.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se identifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad de los supuestos delictivos que regula el artículo 363 CP, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 363 CP, no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis pasando a verificar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta conocía la antijuridicidad de ella, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de ejercicio ilegal de profesión.

6. CONSUMACIÓN

El delito sin duda se perfecciona o consuma cuando el agente, atribuyéndose una profesión que no tiene, realiza uno o varios actos de aquella profesión independientemente del resultado dañoso que pueda ocasionar. Hugo Álvarez (2000, p. 112) señala que la consumación del hecho ilícito se produce tan pronto se realiza un acto propio de la profesión invadida sin requerir resultado alguno.

Por ejemplo, si el agente se atribuye la calidad de abogado, el delito se consumará cuando aquel firme un recurso y lo presente a un juzgado, o cuando con título falso se presenta en Sala Penal y hace uso de la palabra en defensa de un acusado, etc.

El acto puede o no ser trascendente. Circunstancia que solo podrá servir cuando el juez individualice la pena a imponer al encontrarlo responsable del delito.

7. TENTATIVA

El comportamiento es posible que se quede en el grado de tentativa, pero ello solo puede ocurrir en la primera modalidad explicada, pues en la segunda, por su propia naturaleza de comisión, no es posible la figura de la tentativa (Rojas Vargas, 2002, p. 690).

8. PENALIDAD

Si al agente se le encuentra responsable por el delito de ejercer profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En el caso que el delito imputado sea el de ejercer profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el autor es responsable del delito en los supuestos antes indicados, pero el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

§4

AMPARAR EL TRABAJO PROFESIONAL DE QUIEN NO TIENE TÍTULO

1. TIPO PENAL

El delito de «amparar el trabajo profesional de quien no tiene título» aparece recogido en el artículo 364 CP cuyo contenido es como sigue:

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

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Se trata de un tipo penal especial que tipifica los actos ejecutivos de apoyo o ayuda en la comisión del delito de ejercicio ilegal de profesión, imputable al profesional. Se ha elevado así a nivel de autoría una modalidad de participación necesaria, otorgándole calidad delictiva autónoma (ROJAS VARGAS, 2002, p. 696). Según Abanto Vásquez (2003, p. 96), esta figura delictiva es contradictoria, pues por un lado prevé una sanción independiente del partícipe, pese a que las reglas de la parte general (artículos 24 y 25) podrían ser aplicables para estos casos. Por otro lado, la participación va referida precisamente

a la única figura atípica del artículo 363: el ejercicio de profesión sin título alguno. Esto contradice claramente las reglas sobre la autoría y participación, pues, según ellas, por accesoriedad limitada solamente es punible el partícipe de un hecho típico y antijurídico que haya llegado por lo menos a la tentativa.

La conducta delictiva se verifica o perfecciona cuando el profesional con conocimiento y voluntad ampara con su firma el trabajo de un tercero que no tiene título para ejercer la profesión que tiene aquel profesional. El presupuesto es que el tercero o destinatario del amparo no tenga título para ejercer la profesión del agente.

Amparar consiste en favorecer, proteger, por la razón o motivo que fuere, la labor o trabajo de un tercero (el práctico o empírico, estudiante, bachiller, etc.) que desarrolla labor afín a la del profesional (Rojas Vargas, 2002, p. 696). No se verifica la hipótesis delictiva si un profesional firma un recurso de un colega profesional que no se encuentra en capacidad de firmar. Así mismo, debe establecerse que el tipo penal exige que el agente tenga alguna profesión y no un cargo público.

El derecho vivo y actuante ya se ha pronunciado en un caso concreto, en el cual un abogado profesional amparaba con su firma a un practicante que ejercía la abogacía, aprovechando que hacía sus prácticas preprofesionales en un juzgado. En efecto, en la ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 1997, la Suprema Corte argumentó:

> [H]abiéndose acreditado que el procesado se aprovechó de su condición de practicante del Juzgado de Paz Letrado a fin de ejercer ilegalmente la profesión de abogado, siendo amparado por el letrado, igualmente procesado, se hallan acreditados los delitos de ejercicio ilegal y participación en el ejercicio ilegal de profesión. (Exp. N.° 617-97-Lima, Rojas Vargas, 2005, p. 373)

2.1. Bien jurídico protegido

Se pretende proteger el normal funcionamiento de la administración pública frente a un concreto comportamiento de los profesionales que por los fines que se pueden ayudar a terceros ejercer una profesión ilegalmente.

2.2. Sujeto activo

Solo puede ser sujeto activo o autor del delito aquella persona que tiene título profesional habilitado a nombre de la nación. Se trata de un delito especial, pues solo puede ser autor aquella persona que tiene título profesional a nombre de la nación. Aquel que no tiene tal título, no puede realizar este delito en análisis.

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, al ser el único titular del bien jurídico denominado «correcto funcionamiento de la administración pública».

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La hipótesis delictiva es de comisión dolosa, no cabe la comisión culposa. Bien afirma Rojas Vargas (2002, p. 697), el delito exige o requiere del profesional que protege al tercero el conocimiento de que dicho tercero carece de título profesional, además de voluntad dirigida, pese a ello a infringir la prohibición de la norma penal.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad de los supuestos delictivos que regula el artículo 364 CP, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 364 CP no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, si era mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si

el agente, al momento de exteriorizar su conducta de usurpación de función pública, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego se determinará si el agente pudo actuar de manera diferente a la de realizar el hecho punible de amparar con su firma el ejercicio ilegal de profesión.

6. CONSUMACIÓN

El supuesto delictivo se consuma o perfecciona cuando el tercero al que favorece el agente utiliza el documento firmado por aquel en el ejercicio ilegal de una profesión. Es decir, no es suficiente que el agente estampe su firma en un documento cualquiera que le solicite el tercero, como erróneamente sostiene Hugo Álvarez (2000, p. 125), sino que es necesario que este documento sea utilizado por el tercero en actos que impliquen ejercicio ilegal de profesión.

De ese modo, Rojas Vargas (2002, p. 697) señala que la firma colocada en un escrito no utilizado no constituye consumación de delito.

7. TENTATIVA

Es posible la tentativa. Se presenta cuando, por ejemplo, el tercero que ha sacado la firma del profesional abogado por primera vez se dispone a presentar el recurso en un juzgado y es intervenido por personal policial. Aquí, el delito no se ha consumado, pues el documento aún no ha pasado a cumplir su objetivo, cual es el trabajo del tercero de ejercer la profesión en forma ilegal.

Rojas Vargas (2002, p. 697) menciona que es admisible la tentativa ontológicamente considerada, pero ella es irrelevante penalmente.

8. PENALIDAD

El autor, luego del debido proceso y ser encontrado responsable de la comisión del delito acusado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de cuatro años e inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

§ 5

VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. CUESTIÓN PREVIA

Sin duda, los diversos supuestos delictivos rotulados con el *nomen iuris* de delitos de resistencia y violencia contra la autoridad han sido el indicador positivizado más sintomático del denominado «principio de autoridad» que sustenta la organización de la administración pública en general y de la relación asimétrica entre autoridad y subordinados (ROJAS VARGAS, 2002, p. 705). Se sostiene con propiedad que sin un principio de autoridad robustecido no es posible una aceptable administración pública, esto es, si el principio de autoridad se descuida, el Estado tendría muy pocas posibilidades de cumplir sus objetivos. Esa es la justificación para que el derecho punitivo entre a regular y sancionar determinadas conductas que podrían poner en peligro o mucho peor, lesionar el principio de autoridad.

En consecuencia, las hipótesis delictivas previstas en este capítulo del Código Penal peruano están orientadas a sancionar penalmente, primero, toda conducta que exprese impedimento u obstaculización del ejercicio funcional de autoridades y funcionarios públicos, quienes como es natural están investidos del principio de autoridad para el mejor desempeño de su labor al servicio del Estado. Así mismo, tienen como objetivo evitar que el ejercicio del servicio que desarrollan los

empleados públicos se ponga en peligro con el objetivo o propósito que la administración pública no cumpla su finalidad.

Esta es la finalidad de las conductas delictivas que a continuación analizaremos, denominadas atentados contra la autoridad, violencia contra la autoridad, desobediencia a la autoridad, violencia de los fueros de autoridad, incumplimiento de deberes procesales, violación de medios de prueba, etc.

§ 6

ATENTADO CONTRA LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

El tipo penal que regula los diversos supuestos delictivos que atentan contra la autoridad, se encuentran recogidos en el tipo penal 365 del Código punitivo, cuyo contenido es como sigue:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de atentado contra la autoridad se configura o perfecciona cuando el agente o sujeto activo, haciendo uso de la violencia o la amenaza, impide a un sujeto público (una autoridad o a un funcionario o servidor público) ejercer normalmente sus funciones o le obliga a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba en el ejercicio de sus funciones al interior de la administración, siempre y cuando no medie alzamiento público, pues si ello ocurre se configura otro delito más grave.

Del concepto ensayado se desprende que los medios objetivos de comisión usados por el agente del delito para conseguir sus fines lo constituyen la violencia o la amenaza. Estos medios de comisión se explican a continuación.

2.1. Violencia

Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona del funcionario o servidor público (víctima). No es posible interpretar que también el delito engloba la violencia ejercida sobre las cosas. Abanto Vásquez (2003, p. 101), por su parte, señala que igual se configura el delito si hay violencia contra las cosas (violencia real), siempre que esta violencia influya indirectamente en la persona del funcionario.

Si el agente recurre a la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público para que este realice lo que aquel le exige, estaremos ante un supuesto de amenaza, debido que por temor el sujeto pasivo especial dejará de hacer o realizará lo que exige el sujeto activo.

El autor recurre al despliegue de una energía física, por su poder material, para vencer con ella la resistencia u oposición de la víctima especial. La violencia se traduce en actos materiales sobre el sujeto pasivo (golpes, coger a la víctima violentamente de las manos, etc.) tendientes a obligar o impedir que realice 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 sofisticados, 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. En idéntico sentido, Rojas Vargas (2002, p. 716).

La violencia puede ser ejercida sobre el sujeto pasivo o personas muy allegadas a él, pero siempre con una finalidad: el lograr determinar o imponer sobre la voluntad del funcionario, servidor o autoridad, la voluntad del sujeto activo.

A efectos del tipo penal en análisis, no es violencia aquella que se realiza para que el funcionario haga u omita acciones que nada tienen que ver con el ejercicio de sus funciones normales (ROJAS VARGAS, 2002, p. 717; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 103).

La jurisprudencia tiene claro que la violencia debe ser traducida en actos materiales sobre el sujeto pasivo, caso contrario el delito no se verifica. Así se argumenta en la 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/ROJAS/NEIRA, 1999). En efecto, allí se precisa que «la violencia debe ser entendida, como la fuerza irresistible empleada contra un tercero para que haga aquello que no quiere 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 una falta de respeto a estos últimos, hechos de por sí censurables, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza» (p. 493).

2.2. Amenaza

La amenaza, como medio facilitador del delito de atentado contra la autoridad, consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo funcionario o servidor público, cuya finalidad es intimidarlo para que deje de cumplir sus funciones. También puede obligarlo a realizar determinados actos o estorbarlo en el ejercicio de sus funciones normales. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. Para determinar si la amenaza 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.

Para que la amenaza sea efectiva, se requiere de las siguientes condiciones: la víctima debe creer que existe la firme posibilidad de que se efectúe el mal con que se le amenaza; el sujeto pasivo debe creer que, al no poner resistencia, o haciendo lo que le solicita el agente, evitará el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea.

Un aspecto importante es que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima especial o de terceros, quedando descartado otro tipo de males.

La amenaza, al igual que la violencia, tiene un fin determinado: tratar de imponer la voluntad delictiva del sujeto activo del delito por sobre la voluntad funcional de la autoridad, funcionario o servidor público con el argumento del temor de un mal anunciado (Rojas Vargas, 2002, p. 717).

2.3. La violencia o la amenaza debe ser usada sin alzamiento público

Conditio sine qua non para la configuración del delito es que el uso de la violencia o amenaza por parte del agente sobre el sujeto pasivo especial debe ser al margen de un alzamiento público, que se caracteriza por el concurso de varias personas, la hostilidad declarada contra el Estado y la publicidad de los hechos.

Se exige que el atentado o coacción ejercida sobre los funcionarios o servidores públicos no debe desarrollarse o realizarse en un contexto de una sedición o rebelión pública, pues si ello ocurre, el delito en análisis no se verifica dando paso a uno más grave (Rojas Vargas, 2002, p. 718; Abanto Vásquez, 2003, p. 101).

2.4. Modalidades de comisión

De la construcción del tipo penal en análisis se concluye que encierra tres modalidades debidamente diferenciadas, las mismas que se pueden presentar en forma independiente una de otra o concurrir en un hecho concreto. Veamos brevemente en qué consisten.

2.4.1. Impedir

Esta modalidad consiste en hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la autoridad, el funcionario o el servidor público. Esta modalidad de coacción al sujeto pasivo especial es de naturaleza activa y de resultado (ROJAS VARGAS, 2002, p. 719; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 105). No basta que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir. Se exige que realmente impida, obstaculice o imposibilite que el funcionario realice sus funciones respectivas.

Es lugar común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben ocurrir momentos antes de que el funcionario o servidor público ejecute actos propios de sus funciones. Caso contrario, si en un caso concreto llega a verificarse que los actos de impedir se realizaron en el momento mismo en que la autoridad estaba ejecutando actos propios de su función, el hecho se subsumirá en el delito de resistencia a la autoridad previsto y sancionado en el artículo 366 CP.

Rojas Vargas (2002, p. 719) señala que 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 366. Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 105) apunta que la acción típica debe efectuarse antes de que se inicie la función pública, pues esa es la única manera de distinguir esta figura con la resistencia del artículo 366.

2.4.2. Obligar

Esta modalidad delictiva se presenta cuando el agente —por medio de la violencia o la amenaza— se impone, coacciona, somete, constriñe u obliga al funcionario o servidor público a realizar un acto funcional propio de su cargo. Aquí la autoridad todavía no ha actuado, y el sujeto activo busca que lo haga en el sentido y tiempo que él quiere (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 105).

De ese modo, estamos frente a un acto voluntarista de carácter delictivo que, imputable al sujeto activo, 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 (Rojas Vargas, 2002, p. 720).

2.4.3. Estorbar

Esta tercera modalidad del delito de atentado contra la autoridad se configura cuando el agente entorpece, dificulta, perturba, obstaculiza o estorba al funcionario o servidor público en el desarrollo de sus funciones públicas. Verificar el motivo o *Leit Motiv* que alienta al sujeto activo, así como la modalidad o forma del estorbo, es irrelevante penalmente a efectos de la tipificación del delito. Tales aspectos solo resultarán fundamentales para el momento crucial de individualizar la pena a imponer al agente encontrado responsable.

Estorbar en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenaza es poner obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en el ejercicio de sus funciones. De ahí que se argumente (Hugo Álvarez, 2000, p. 141), con razón, que la acción de estorbar debe ser cometida durante el ejercicio de los actos de función (no antes ni después).

Se trata de una modalidad de menor gravedad que las primeras, sin embargo, recibe el mismo trato punitivo de aquellas circunstancias que lesionan el principio de culpabilidad por el hecho y el principio de proporcionalidad de las penas (Rojas Vargas, 2002, p. 721; Abanto Vásquez, 2003, p. 105). No obstante, el juez penal tiene una misión importante para evitar que en los casos en concretos se efectivice la real lesión a aquellos principios. En efecto, el juez al momento de individualizar la pena de modo alguno pondrá la misma o parecida pena a aquel que se limitó a estorbar y aquel sujeto activo que llegó a impedir que el funcionario realice sus funciones respectivas. La pena será menor en el caso de estorbar.

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y para que ello suceda, el funcionario debe decidir libremente y los interesados deben advertir también que esa libertad existe al momento de decidir. De ahí que con razón se afirme que el bien jurídico específico es la libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones normales; el sujeto activo quiere imponer su voluntad a la voluntad del funcionario (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 99). El interés específico protegido es garantizar la libre formación de la voluntad estatal, encarnada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, es decir, el libre ejercicio de la función y realización de los servicios públicos (ROJAS VARGAS, 2002, p. 715). En sentido parecido, Hugo Álvarez (2000, p. 142).

2.6. Sujeto activo

No se exige alguna condición o cualidad particular en el agente por lo que cualquier persona mayor de 18 años puede ser autor del delito en hermenéutica. Si, por el contrario, el agente actúa en su condición de funcionario o servidor público, la conducta se agrava según aplicación del numeral 3 del artículo 367 CP. Es decir, el autor merece mayor sanción penal. Su conducta es más reprochable penalmente.

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo genérico del delito siempre será el Estado, considerado como titular del bien jurídico: correcta administración pública. En tanto que los agredidos directamente por el comportamiento delictivo serán sujetos pasivos específicos. Pero aparte de tal condición especial, aquella persona para constituirse en sujeto pasivo de la conducta del agente debe estar en ejercicio de sus funciones, es decir, que en tales circunstancias el autor de la conducta prohibida, por ejemplo, le obligue a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorbe en el ejercicio de estas. De modo que una persona que no está en ejercicio de sus funciones por encontrarse de licencia

o vacaciones, por ejemplo, no podrá ser sujeto pasivo del presente delito por más autoridad o funcionario público que sea.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se concluye que se trata de una conducta punible a título de dolo directo. Es imposible imaginarse un dolo eventual, pues el sujeto activo persigue siempre una finalidad específica al ejercer la violencia o amenaza (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 107). Esta circunstancia nos lleva a verificar también que aparte del dolo debe concurrir un elemento subjetivo adicional al dolo, que se constituye en la intención del agente de querer imponer su voluntad en lugar de la voluntad del funcionario, servidor público o autoridad para que ejecute algo contrario a sus funciones u omita hacerlo.

Se trata de supuestos de tendencia interna trascendente, esto es, el agente al desarrollar su conducta, debe hacerlo con una finalidad específica. Aquí debe acreditarse que el agente actúo para impedir a una autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o para obligarlo a practicar un determinado acto de sus funciones o para estorbar en el ejercicio de sus funciones. Si en un caso en concreto no se verifica alguna de aquellas finalidades, la conducta será atípica para efectos del delito que venimos analizando.

De acuerdo con Rojas Vargas (2002, p. 722), el dolo supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo, y de que impide, obliga a practicar o estorba el ejercicio funcional, así como presupone voluntad de acción libremente decidida.

4. ANTIJURIDICIDAD

Puede darse un estado de necesidad, el cual operaría incluso cuando el agente buscara actos ilícitos del funcionario o tratara de impedir la actuación lícita de este, siempre que se den los presupuestos del estado de necesidad (situación de necesidad, inminencia de un mal grave, preponderancia de los bienes rescatados) (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 108).

También es posible que en forma positiva se invoque la causal de legítima defensa cuando; por ejemplo, el acto funcional o de servicio que impide o estorba el sujeto activo es evidentemente ilegítimo o abusivo.

5. CONSUMACIÓN

Los supuestos de impedir y obligar se consuman cuando el agente logra su finalidad, cual es impedir al funcionario o servidor público a ejercer sus funciones u obligar al funcionario o servidor público a practicar un determinado acto de sus funciones. En el supuesto de estorbar en el ejercicio de sus funciones, el delito se consuma con el solo estorbar; al ser un delito de mera actividad, no es necesario comprobar resultado alguno (ROJAS VARGAS, 2002, p. 722). Todas las modalidades para su consumación requieren el uso de la violencia o amenaza por parte del sujeto activo.

6. TENTATIVA

Es posible que la conducta se quede en grado de tentativa en los supuestos delictivos de impedir y obligar al ser estas modalidades de resultado; pero, en el supuesto de estorbar, al constituir un delito de mera actividad, no es posible la tentativa.

7. PENALIDAD

El acusado de la comisión del delito en análisis, en cualquiera de sus modalidades, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

§ 7

VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

Los diversos injustos penales que se producen cuando se emplea violencia o intimidación contra un funcionario público para impedir la ejecución de un acto propio de su cargo se recogen en el tipo penal 366 del texto punitivo con el contenido 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 el requerimiento de aquel, 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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito se verifica cuando el agente o autor, con el propósito de impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, emplea o hace uso de la intimidación o violencia física contra un funcionario a alguna persona que le presta asistencia. También se verifica cuando el agente o autor, ante el requerimiento de funcionario público, con el propósito de impedir o trabar la ejecución

de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones, emplea o hace uso de la intimidación o violencia física.

De la lectura del tipo penal, se desprende que los medios objetivos de comisión usados por el agente del delito para conseguir sus fines, lo constituye la violencia o la intimidación. En consecuencia, debemos establecer antes de todo qué se entiende por tales medios típicos.

2.1. Violencia

Consiste en una energía física que desarrolla o ejerce el autor sobre la persona del funcionario o servidor público (víctima). No es posible interpretar que también engloba el delito la violencia ejercida sobre las cosas. Si el agente recurre a la violencia sobre las cosas del funcionario o servidor público para que este realice lo que aquel le exige, estaremos ante un supuesto de amenaza, debido a que por temor el sujeto pasivo especial dejará de hacer o realizará lo que exige el sujeto activo.

Abanto Vásquez (2003, p. 101), por su parte, señala que igualmente se configura el delito si hay violencia contra las cosas (violencia real), siempre que esta violencia influya indirectamente en la persona del funcionario.

El autor recurre al despliegue de una energía física para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima especial. La violencia se traduce en actos materiales sobre el sujeto pasivo (golpes, cogerla violentamente de las manos, etc.), tendientes a obligar o impedir realice 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 sofisticados, 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. En idéntico sentido, Rojas Vargas (2002, p. 716).

No es violencia, para efectos del tipo penal en análisis, aquella que se realiza para que el funcionario haga u omita acciones que nada tienen que ver con el ejercicio de sus funciones normales (Rojas Vargas, 2002, p. 717; Abanto Vásquez, 2003, p. 103).

2.2. Intimidación

La intimidación no es otra cosa que la amenaza como medio facilitador del delito de atentado contra funcionario público. Con razón, Abanto Vásquez (2003, p. 112) enseña que el que la ley diga «intimidación» en vez de «amenaza» no tiene en realidad trascendencia alguna.

Asimismo, consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la vida o integridad física del sujeto pasivo (funcionario) o asistente del funcionario, cuya finalidad es intimidarlo para que de ese modo deje de cumplir sus funciones, o trabe la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. No es necesario que la amenaza sea invencible, sino meramente idónea o eficaz para lograr el objetivo que persigue el sujeto activo. La amenaza o promesa directa de un mal futuro puede hacerse por escrito, en forma oral o cualquier acto que lo signifique. 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, por lo que esta cuestión queda a criterio del juzgador en el caso concreto.

Un aspecto importante lo constituye el hecho de que la amenaza debe estar dirigida a causar daño a la vida o integridad física de las personas, ya sea de la propia víctima especial o de terceros, con lo que queda descartado otro tipo de males.

2.3. Medios comisivos

Veamos enseguida cuáles son las modalidades de comisión del delito en hermenéutica jurídica.

2.3.1. Impedir

Esta modalidad consiste en hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias de la autoridad. Esta modalidad de coacción al sujeto pasivo especial es de naturaleza activa y de resultado. No basta que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir. Se exige que realmente el sujeto activo, con el desarrollo de su conducta, busque impedir, obstaculizar o imposibilitar que el funcionario realice sus funciones respectivas.

Es lugar común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben ser en el momento 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 de 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 365 CP.

El profesor Rojas Vargas (2002, p. 719) enseña que 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 366. Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 105) precisa que la acción típica debe efectuarse antes de que se inicie *la función pública*, pues esa es la única manera de distinguir esta figura con la resistencia del artículo 366.

De esa forma, no le falta razón al profesor Rojas Vargas (2002, p. 731) cuando enseña que esta modalidad supone la concurrencia de tres requisitos ineludibles; a falta de uno de ellos la tipicidad no se verifica. Primero, debe existir una resolución adoptada por el funcionario y que el acto de ejecución se haya iniciado ya materialmente para que el sujeto activo trate de impedir su cumplimiento. La acción delictiva puede desarrollarse a lo largo del acto de ejecución. Segundo, el acto en ejecución debe ser propio del cargo o de la función, es decir, que corresponda a la competencia legal (o delegada) del funcionario, y que observe las formalidades sustanciales y adjetivas que ameritan ejecutar un acto de autoridad. Y tercero, el acto debe ser legítimo, es decir, que no importe arbitrariedad o abuso por parte del funcionario y su asistente.

2.3.2. Trabar

Esta modalidad consiste en obstaculizar, dificultar o trabar la ejecución de un acto funcional que viene ejecutando el sujeto pasivo especial. No existe aquí el propósito de impedir la ejecución. Se trata en muchos casos de ganar tiempo, de diferir para más adelante lo que es ya inminente (Rojas Vargas, 2002, p. 732). «Trabar» expresa así un grado material ejecutivo menor que impedir y presupone necesariamente la intimidación o la violencia como medios para verificarlo (Rojas Vargas, 2002, p. 732; Abanto Vásquez, 2003, p. 113).

En suma, por un lado, en la modalidad de impedir se busca una omisión de la actividad funcional; y, por otro lado, en el supuesto de trabar se busca un entorpecimiento de la comisión del acto funcional por parte del funcionario (Abanto Vásquez, 2003, p. 114).

2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido de modo general es el normal funcionamiento y desarrollo de la recta administración pública. En tanto que el interés jurídico particular es el garantizar la libertad de acción pública del funcionario de los actos de coacción de terceros. Se lesiona la libertad de determinación del funcionario público, pero el ataque se produce en la fase de ejecución de los actos funcionales, es decir, luego que hubo actividad funcional con un destinatario concreto y en el momento en que se está cumpliendo la orden del funcionario público (Abanto Vásquez, 2003, p. 110). Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 729) señala que en forma específica aquí se tutela la decisión o voluntad ya formada del funcionario público.

2.5. Sujeto activo

Sujeto activo o autor del delito puede ser cualquier persona, no se exige alguna condición o cualidad especial en el agente. Puede perfeccionar el delito hasta un funcionario público; no obstante, si ello se verifica la conducta se agrava tal como aparece dispuesto en el artículo 367 CP.

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, porque constituye el único titular del bien jurídico protegido en este delito: el funcionamiento y el desarrollo de la correcta administración pública. Así mismo, el funcionario público sería el sujeto pasivo específico o directo. Por excepción, la titularidad específica del sujeto pasivo se extiende al asistente que actúa en virtud de un deber legal o ante un requerimiento efectuado por el funcionario público (Rojas Vargas, 2002, p. 729; Abanto Vásquez, 2003, p. 111).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal recoge conductas netamente dolosas. Solo es posible su comisión por dolo directo. No es posible un dolo indirecto o eventual. Tampoco cabe una conducta culposa.

El delito supone dolo directo, es decir, además de la voluntad de obrar que impulsa el *iter criminis*, debe estar presente el conocimiento que debe poseer el sujeto activo de la calidad del sujeto especial y la legitimidad del acto funcional que pretende impedir o trabar (Rojas Vargas, 2002, p. 732; Abanto Vásquez, 2003, p. 116).

Este aspecto ha sido debidamente entendido en la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2016:

> El delito de violencia y resistencia a la autoridad requiere que la conducta ilícita esté dirigida a impedir que el funcionario o servidor público ejerza sus funciones. Ello supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y el acto funcional que este realizará. Situación que no se probó en el caso de los actuados judiciales ... [pues] está probado que los hechos sucedieron en un acto judicial de lanzamiento; no obstante, no obra en los actuados elementos probatorios alguno que acredite que el recurrente tenía conocimiento de que se iba a realizar la citada diligencia judicial, ni que se siguió un proceso en la vía civil que ampare el citado desalojo.... Con lo expuesto, se encuentran acreditadas las circunstancias que rodearon el hecho imputado, pero no el conocimiento del recurrente del acto judicial en cues-

> tión. Tanto más si no obra en el proceso declaración del servidor judicial que certifique la forma en que los terceros contratados ingresaron el inmueble del procesado ni se dio la oportunidad de que éste tome conocimiento de la legalidad de la medida, menos aún se aprecian cargos de notificación que denoten que el lanzamiento judicial fue debidamente comunicado, puesto que se trataba de una vivienda habitada. (R. N. N.° 52- 2016-Lima Norte, Sala Penal Transitoria)

Además, por la construcción de la fórmula legislativa, no es suficiente el dolo en el actuar del agente, sino que se exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo. Se trata de supuestos de tendencia interna trascendente. Dicho de otra manera, al desarrollar su conducta, el agente debe hacerlo con una finalidad específica. Aquí debe acreditarse que el agente actúo para impedir o trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de las funciones del funcionario público o de la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante el requerimiento de aquel.

Esto significa que, si, ante la conducta de violencia o intimidación que desarrolla el agente contra el funcionario público que se encuentra realizando determinado acto funcional, no se verifica aquellas finalidades (impedir o trabar), la conducta será atípica. Ejemplo, no se aparecerá algún supuesto previsto en el artículo 366 CP en el siguiente caso: en circunstancias en las que el funcionario público está ejecutando un acto funcional legítimo, cuando es atacado violentamente por un sujeto que desde la universidad había prometido vengarse por haber supuestamente abusado de su novia. En este caso, al agente no le mueve o guía la finalidad de impedir ni trabar el acto funcional. Al agente le mueve el ánimo de venganza. Será atípica la conducta para algún supuesto previsto en el artículo 366 CP; no obstante, si se producen lesiones en la integridad física del funcionario, el agente responderá solo por ellas.

Es posible que se presente un error de tipo en la conducta del agente. En tal caso, sea vencible o invencible igual la conducta será impune.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad de los supuestos delictivos que regula el artículo 366 CP, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP. Resulta difícil en la práctica que se acepte la legítima defensa. Abanto Vásquez (2003, 118) enseña que cuando el funcionario ejecutante actúa ilegal o abusivamente, no hay razón para exigir que los particulares toleren esto, pues lo que se protege no es el «principio de autoridad» sin más, sino el ejercicio funcional legítimo de una autoridad. Pero, como el tipo penal de «resistencia» presupone una actuación legítima del funcionario en este tipo penal, la «legítima defensa» contra actos ilegítimos del funcionario no tiene efectos de «causa de justificación», sino una de atipicidad.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en alguna de las conductas típicas —previstas en el artículo 366 CP— no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, deberá verificarse si, al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de atentado contra funcionario público, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Luego se determinará si el agente, en el caso concreto, pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de atentar contra un funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones.

6. CONSUMACIÓN

El delito en sus dos modalidades se perfecciona cuando el agente despliega la violencia o la intimidación con la finalidad de trabar o im-

pedir el acto funcional que el sujeto pasivo viene efectuando. A efectos de la consumación, no es necesario que el agente logre su objetivo de impedir o trabar el acto funcional. Si ello se verifica, estaremos ante un delito agotado.

No le falta razón al profesor Rojas Vargas (2002, p. 733) cuando argumenta que el delito en sus dos variantes (impedir y trabar) es un delito de simple actividad, no es de resultado, y se consuma con la realización de la intimidación y violencia orientadas o en vínculo causal hacia las finalidades típicas de impedir o trabar. No siendo exigible que el sujeto activo obtenga su propósito, esto es, que se produzca el real impedimento o la traba del acto funcional. Basta verificar que la conducta del agente estuvo dirigida a lograr las finalidades que encierran los verbos rectores de impedir o trabar. De igual modo Creus (citado por Abanto Vásquez, 2003, p. 117). Aun cuando este autor en otra parte pareciera sostener lo contrario, al argumentar que en impedir hay un resultado, el hecho de que la actividad funcional no se lleve a cabo en el momento señalado por el funcionario, en trabar no hay resultado (Rojas Vargas, 2003, pp. 113-114).

7. TENTATIVA

Es común en la doctrina nacional considerar que en este delito no es posible la tentativa, pues estamos ante un delito de mera o simple actividad. Antes del ejercicio de la violencia o del conocimiento de la amenaza solamente existen actos preparatorios, y después del despliegue de estas conductas ya hay delito consumado (Abanto Vásquez, 2003, p. 117; Rojas Vargas, 2002, p. 733).

8. PENALIDAD

El autor de cualquiera de los supuestos previstos y sancionados en el artículo 366 CP 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.

§ 8

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LOS DELITOS DE ATENTADO Y VIOLENCIA CONTRA LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

El artículo 367 CP recoge diversos supuestos que aumentan la reprochabilidad penal de las conductas previstas en los artículos 365 y 366 CP. El objetivo político-criminal que orienta al legislador es ofrecer una mejor tutela penal a los actos funcionales y de servicio público, garantizando su viabilidad ante el ostensible peligro que supone para el bien jurídico del correcto y normal desenvolvimiento de la administración pública, la comisión de los supuestos típicos de los numerales 365 y 366 CP efectuados bajo tales circunstancias (ROJAS VARGAS, 2002, p. 735).

Este numeral fue modificado por vez primera mediante el Decreto Legislativo N.° 982, publicado en el diario oficial *El Peruano* del 22 de julio de 2007 y su fe de erratas publicada el 2 de agosto del mismo año. Luego, por la Ley N.° 30054 del 30 de junio de 2013, se ha vuelto a modificar su contenido. De ahí que actualmente la fórmula legislativa contenida en el artículo 367 CP tiene el siguiente contenido:

> **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. ANÁLISIS DE LAS AGRAVANTES

2.1. El hecho se realiza por dos o más personas

Es frecuente que los sujetos que se resisten a los mandatos de la autoridad lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita. La pluralidad de agentes disminuye 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.

En tales presupuestos, radica el fundamento político-criminal de la agravante.

Solo se verifica la agravante cuando las dos o más personas que participan en el atentado o violencia contra la autoridad lo hacen en calidad de coautores (Rojas Vargas, 2002, p. 738; Creus, citado por Abanto Vásquez, 2003, p. 122; Hugo Álvarez, 2000, p. 169), es decir, cuando todos con su conducta, teniendo el dominio del hecho, aportan en la comisión del delito. No obviemos que se trata de delitos comunes. Sujeto activo puede ser cualquier persona, no se exige alguna cualidad especial. Ya hemos expresado que, en estos delitos, si el agente tiene, por ejemplo, la condición de sujeto público solo se configura una agravante.

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia del mandato o requerimiento legal. El concurso debe ser en el desarrollo de la conducta de resistencia. Los agentes se reparten funciones o roles para llevar a buen término su empresa delictiva. Es irrelevante si los agentes actúan como miembros de una organización criminal o simplemente se juntan para oponerse o resistir a determinada orden legal. Sea de una u otra manera, la agravante igual se configura.

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, la resistencia a la autoridad con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometida por autores o coautores. Sostener que los cómplices o el inductor resultan incluidos en la agravante, implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su parte general y —lo que es más discutible— significaría castigar al cómplice por ser tal y, además, coautor, esto es, una doble calificación por un mismo hecho.

2.2. El autor es funcionario o servidor público

La agravante se configura cuando cualquiera de los supuestos delictivos previstos en los artículos 365 y 366 CP es cometido por una persona que reúne alguna calidad que prevé el artículo 425 CP.

La agravante se fundamenta en el hecho de que los funcionarios o servidores públicos tienen el deber de lealtad para con el Estado. El sujeto público, desde su ingreso a la administración, sabe que tiene el deber de sometimiento al derecho y a la ley. De ese modo, el mayor contenido del injusto penal radica en el actuar impropio del agente cualificado, que vulnera las obligaciones propias de su cargo (Hugo Álvarez, 2000, p. 170).

La modalidad agravada se verifica con el solo hecho de que el agente tenga la calidad especial de funcionario o servidor público, sin mayores precisiones. No interesa el nivel, la jerarquía, competencia o jurisdicción, en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, suspensión temporal, etc.), por cuanto lo que cuenta es el quebrantamiento de los deberes genéricos funcionales o de servicio (Rojas Vargas, 2002, p. 738). En consecuencia, es errónea la interpretación que hace Hugo Álvarez (2000, p. 171), al sostener que no basta la calidad del agente, es necesario que invoque su condición especial o, como tal, empleando la violencia o amenaza, impida, obligue o estorbe la ejecución de un acto de su función adecuado a derecho.

2.3. El hecho se comete a mano armada

Los supuestos delictivos que recogen los tipos penales 365 y 366 CP se agravan cuando el sujeto activo, para conseguir su finalidad, hace uso de arma, la misma que puede ser un revólver, metralleta, arcos, ballestas, puñales, hachas, verduguillos, cuchillo, picos, martillos, vidrios, etc. La agravante se configura aun cuando solo uno de los sujetos participantes hace uso del arma para impedir a la autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obligan a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorban cuando aquella está en pleno ejercicio de sus funciones normales.

El arma puede ser propia o impropia. Sobre este aspecto, Abanto Vásquez muestra reparos a considerar a las armas impropias en la agravante (2000, p. 121).

Sin embargo, lo que interesa es el aumento del poder agresivo en el autor y, a su vez, la mayor intimidación que ejerce sobre la autoridad

(Rojas Vargas, 2002, p. 737). El arma en poder del agente incrementa considerablemente su poder ofensivo o intimidante y genera en el sujeto pasivo un sentimiento de inseguridad, temor fundado, impotente, coartado, conciencia de una situación de peligro para su vida, integridad física o su salud, entre otras situaciones de estado emocional fáctico (Hugo Álvarez, 2000, p. 168).

La agravante tiene su fundamento en el hecho concreto que el uso de un arma no solo mejora la posición del agente, sino también disminuye ostensiblemente la eficacia de la orden o requerimiento de la autoridad. Según la redacción de la agravante, no se exige el real uso del arma en la ejecución del delito. Es suficiente el simple enseñar, mostrar o blandir en gesto intimidante determinada arma. No debemos soslayar que el uso del arma puede ser tanto para ejercer violencia sobre la autoridad, funcionario o servidor público como para amenazarlo o intimidarlo, pues ambos mecanismos configuran los supuestos delictivos sancionados en los artículos 365 y 366 CP. El uso de un arma en cualquiera de estos mecanismos configura la agravante. No cabe duda de que el uso de arma para violentar o amenazar tiene mayor poder de convicción para vencer y reducir la eficacia de una orden o requerimiento legal que la simple violencia o amenaza.

En sentido parecido, Rojas Vargas (2002, p. 737) explica que el uso de arma puede presuponer diversas modalidades: mostrándola, haciéndola patente, blandiéndola en forma difusa, dirigiendo la boca del arma de fuego hacia arriba, disparando, apuntando, abocándola, acometiendo, etc. Entonces, para consumar el delito, basta el nivel mínimo de mostrarlo con efecto intimidatorio. Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 122), quien cita literatura alemana, argumenta que no serán suficientes el mero «portar» el arma sin señales de que se la quiera utilizar para el delito, ni el dirigir las armas a la violencia contra las cosas.

2.4. El autor causa una lesión grave que haya podido prever

Se configura esta agravante cuando a consecuencia del delito de resistencia o atentado a la autoridad se ocasiona perjuicio a la integridad física o mental de la misma autoridad o de un tercero. Se entiende por

lesiones graves a la integridad física o mental a aquellas que tienen la magnitud de los supuestos establecidos en el artículo 121 CP. Si por el contrario las lesiones producidas son de la magnitud de los supuestos del artículo 122, la agravante no se configura.

De la forma, como aparece redactada la agravante, se entiende que las lesiones producidas en la integridad física o mental de la autoridad o un tercero serán a título de culpa, esto es, el agente las causará a consecuencia de haber hecho uso de la violencia física sobre la víctima especial con la finalidad, por ejemplo, de impedir de forma inmediata a la autoridad o a un funcionario o servidor público ejercer sus funciones o le obliga de modo eficaz a practicar un determinado acto de sus funciones o le estorba cuando aquella está en pleno ejercicio de sus funciones normales. Las lesiones se producen a consecuencia de una falta de cuidado o negligencia del agente al momento de resistirse, impedir o estorbar el cumplimiento de sus funciones por parte del funcionario o servidor público. Si en un caso concreto, se determina que el agente actuó con dolo de ocasionar las lesiones graves, se verificará el concurso real de delitos entre lesiones graves y resistencia o atentado contra la autoridad.

Abanto Vásquez (2003, p. 124), en el mismo sentido, argumenta que la agravante solo opera cuando la lesión grave sea producto de una falta del deber de cuidado del sujeto activo; por tanto, si el agente actúa con dolo, habrá concurso con el delito de lesiones graves. Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 738) afirma que debe existir un nexo causal que vincule el resultado «lesión grave» con la conducta de violencia ejercida sobre el sujeto pasivo: a título de culpa, lo primero, y de dolo, lo segundo. En sentido parecido, Hugo Álvarez (2000, p. 172).

Lo único que se exige para configurarse la agravante es la concurrencia de la previsibilidad en el resultado. Las lesiones graves a la integridad física o mental de la autoridad, funcionario, servidor público o tercero deben ser, cuando menos, previstas como resultado posible por el agente. No es posible invocar la sola responsabilidad objetiva. No debemos olvidar que la mera responsabilidad objetiva está proscrita en nuestro sistema penal.

2.5. Se produce la muerte de una persona y el agente pudo prever este resultado

La agravante se configura cuando el agente ocasiona la muerte de la víctima especial con actos que estaban dirigidos a resistir o atentar contra la autoridad, teniendo la posibilidad el agente de prever el resultado letal. La previsibilidad es importante para calificar la figura delictiva (ROJAS VARGAS, 2002, p. 739). Si el agente no tuvo ninguna posibilidad de prever aquel resultado, no será culpable de la muerte que se produzca, por lo que su responsabilidad penal se limitará por el delito de atentado o resistencia a la autoridad. Ello debido a nuestro sistema jurídico-penal, en el cual ha quedado proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, la responsabilidad por el solo resultado, según el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal. Ahora bien, se requiere necesariamente la concurrencia del dolo o la culpa en una conducta para ser catalogada como ilícita de carácter penal según el artículo 11 CP.

Aquí debemos exponer la diferencia que existe entre «culpa» y lo que se conoce como «dolo eventual», pues, caso contrario, podemos llegar a confusión, además porque fácilmente se puede pensar que estamos frente al dolo eventual cuando realmente estamos ante la culpa. Existe *culpa* cuando el autor, pudiendo o debiendo prever el resultado dañoso, realiza la conducta riesgosa, pero permitida, sin el cuidado debido; aquí el agente no quiere ni tiene conciencia de cometer un injusto penal. En cambio, se configura el *dolo eventual* cuando el autor, previendo el resultado dañoso, actúa confiado en que no se producirá y, sin embargo, se produce. Aquí el agente al menos se representa y, en consecuencia, tiene conciencia de que puede realizar el delito. En efecto, mientras que en la culpa el sujeto activo puede o debe prever el resultado —y, de ese modo, actuar con el debido cuidado y prudencia—, en el dolo eventual el agente prevé aquel resultado, no obstante, confiando que no se producirá en la realidad, actúa. Ahí radica la principal diferencia, aun cuando por la exquisitez de cierto sector de la doctrina se afirme que su diferenciación es nula.

En tal línea de interpretación, basta identificar que el agente tuvo la intención de resistencia o atentado contra la autoridad y, además, estaba en la posibilidad de prever la muerte de esta, para imputarle la agravante. Por tanto, debe concurrir el dolo en la conducta de violencia o amenaza contra la autoridad que actúa en el ejercicio de sus funciones y el elemento *culpa* en el resultado *muerte*. La culpa se materializa en la ausencia del debido cuidado o por falta de diligencia del agente al momento de resistirse o atentar contra la autoridad. El sujeto activo produce la muerte que en realidad no quiso causar, pero que se concretiza por haber actuado sin el debido cuidado para evitarlo, pudiendo hacerlo. Si llega a verificarse que el agente desde el inicio tuvo la intención de quitar la vida del sujeto pasivo especial, se producirá un concurso real de delitos entre resistencia o atentado contra la autoridad y homicidio (Abanto Vásquez, 2003, p. 124).

En suma, estamos ante un homicidio preterintencional que se verifica con la muerte del sujeto pasivo especial por culpa del agente al momento o con ocasión de resistir o atentar contra la autoridad.

2.6. El sujeto pasivo es 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

Se verifica la agravante cuando alguno de los supuestos fácticos de los previstos en los artículos 365 y 366 CP se realizan en agravio de un efectivo de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, un juez, un vocal superior, un vocal supremo o fiscal de cualquiera de los niveles que se encuentra ejerciendo sus funciones. Igualmente, la agravante se produce cuando el afectado con la acción ilícita del agente es un miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular en pleno cumplimiento de sus funciones establecidas por la Constitución y la ley. Claro está que el hecho punible debe tener como finalidad impedir que las autoridades antes indicadas ejerzan normalmente sus funciones constitucionales y legales.

Aparece la agravante cuando, por ejemplo, el agente por medio de la violencia en contra de un juez de primera instancia trata de impedir o impide que este efectúe el desalojo que había ordenado al interior de un debido proceso civil.

También aparece la agravante cuando una ciudadana o un ciudadano peruano, por medio de la violencia o amenaza, impide que un efectivo policial de tránsito le imponga una papeleta por infracción a las reglas de tránsito. Por supuesto, en absoluto tendrá igual o mayor pena privativa de libertad aquella persona que intenta hacer uso de la violencia y solo vocifera palabras incluso hasta discriminatorias. Me refiero al caso, por todos conocido y del cual los medios de prensa se ocuparon ampliamente, de la ciudadana Silvana Buscaglia Zapler, quien pese a someterse a la conclusión anticipada de la investigación fue condenada en diciembre de 2015 a la pena privativa de la libertad de 6 años y 8 meses, aquella persona que aparte de proferir palabras discriminatorias le dan de golpes de puño o le dan de chicotazos al efectivo policial, todos por la misma finalidad, impedir que se les imponga una papeleta por infracción a las reglas de tránsito. A todas luces los últimos hechos son más reprochables que el primero y, por lo tanto, la pena será mayor.

2.7. Se realiza para impedir la erradicación o destrucción de materia prima para la fabricación o transporte ilegal de drogas

Se verifica la agravante cuando alguno de los supuestos fácticos de los previstos en los artículos 365 y 366 CP se realizan con la finalidad u objetivo de 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.

Esta agravante ha sido incluida en el artículo 367 CP por el Decreto Legislativo N.° 982, publicado en el diario oficial *El Peruano* del 22 de julio de 2007. Su finalidad política es reprimir a los campesinos cocaleros del Huallaga (selva del Perú) que se resisten a que la autoridad erradique sus cultivos de coca.

2.8. El hecho se comete respecto a investigaciones o juzgamiento de delitos graves

Se verifica la agravante cuando alguno de los supuestos fácticos de los previstos en los artículos 365 y 366 CP lo realiza el agente en el contexto de una investigación o juzgamiento a ciudadanos que se les imputa los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro, extorsión y trata de personas.

Se entiende 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.

Si por ejemplo es el propio imputado —por alguno de los delitos graves previstos en la agravante— el que por medio de la violencia contra la autoridad se resiste a su detención, la agravante no se configura, porque se configura un supuesto de atipicidad previsto en el artículo 368 CP. Incluso así el imputado, por medio de la amenaza, se resista a colaborar en la ejecución de algún acto de investigación dispuesta por la autoridad, la agravante no se verifica.

3. PENALIDAD DE LAS AGRAVANTES

En los supuestos delictivos sancionados en los tipos penales, artículos 365 y 366 CP, la pena privativa de libertad aplicable al autor encontrado responsable será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, cuando el hecho imputado se haya realizado por dos o más personas, o el acusado haya cometido el delito a título de funcionario o servidor público.

En tanto que la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años, cuando el agente haya cometido el delito a mano armada o a consecuencia de la comisión del delito. Además, pudiendo prever este resultado, el autor haya causado una lesión grave sobre el sujeto pasivo especial, es decir, que 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, en el ejercicio de sus funcio-

nes; que 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; que 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 el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 367 CP, esto es, el agraviado haya fallecido y el agente haya podido prever este resultado fatal, la pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de quince años.

§ 9

DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

De la lectura del tipo penal 368 que tipifica este delito, se cae en la cuenta de que se trata de una figura penal autónoma caracterizada por la ausencia de medios comisivos coactivos relevantes, como la violencia o amenaza en la conducta del agente. En los estrados judiciales es común encontrar numerosos procesos penales por este delito.

El contenido del tipo penal es el siguiente:

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

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se concluye que engloba dos conductas típicas claramente diferentes. La conducta del agente se identifica por los verbos rectores *desobedecer* y *resistir* el cumplimiento de una orden impartida por funcionario competente en el ejercicio normal de sus funciones. Antes de argumentar en qué consiste cada una de las modalidades previstas como delito, creemos necesario detenernos en determinar qué debe entenderse por orden impartida por funcionario público.

2.1. Orden impartida

La *Conditio sine qua non* para que los actos del agente del delito se subsuman en la tipicidad del delito, tanto en su modalidad de desobediencia como resistencia, es que exista una orden, no una simple citación, declaración, petición o notificación no conminatoria. Se exige que la orden sea legal, es decir, impartida por un funcionario público en el ejercicio normal de sus funciones. Aparte de ello, es necesario que la orden sea expresa, ya sea verbal o escrita, sin ambigüedades. Debe estar dirigida y puesta en conocimiento de un destinatario debidamente individualizado al que se le conmina a hacer o dejar de hacer algo. Asimismo, la orden debe poseer un contenido posible de realización en el marco de las relaciones jurídicas. Si la orden es imposible de cumplir, el delito no aparece (ROJAS VARGAS, 2002, p. 743; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, pp. 126-129; HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 179).

Es importante citar la ejecutoria del 21 de febrero de 1985 (Exp. N.° 290-85-Piura, *Jurisprudencia penal*, 1987), en la cual la Suprema Corte ha expresado: «Este delito presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictado por 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» (p. 163).

De igual modo se argumentó en la ejecutoria suprema del 01 de septiembre de 1995 (Exp. N.° 2240-94-B-La Libertad, ROJJASI PELLA, 1997): «si los encausados cumplieron con la orden del juez penal al desocupar el inmueble materia de *litis*, quedando el agraviado en posesión de este, no constituye delito de desobediencia o resistencia a la autoridad si estos ingresan nuevamente a dicho inmueble sin mandato o autorización expresa, toda vez que ello constituye delito de usurpación» (p. 233).

2.2. La conducta de desobedecer

Esta primera modalidad del delito en hermenéutica jurídica se configura cuando el agente dolosamente se revela, insubordina o desobedece la orden impartida por funcionario público en el ejercicio

normal de sus atribuciones, por la cual se dispone que realice una conducta o deje de hacer determinada conducta. Se traduce en una conducta omisiva en cuanto el agente incumple el mandato u orden que le imparte el funcionario público competente.

Así, la Suprema Corte, por ejecutoria suprema del 16 de octubre de 1981 (Exp. N.° 922-81-Cajamarca, Jurisprudencia penal, 1987), en forma pedagógica, ha expresado que esta modalidad delictiva «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» (p. 164). Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 132) pretende objetar el contenido de esta ejecutoria y afirma que exige demasiado. Sin embargo, nosotros consideramos que es pertinente lo alegado en la citada ejecutoria, pues la desobediencia debe ser de especial gravedad y trascendencia. El delito no se configura si se trata de una desobediencia leve y sin trascendencia, ello solo configura faltas en el derecho administrativo.

Se entiende que la rebeldía abierta y hostil al cumplimiento de la orden debe ser efectuada por el agente sin hacer uso de la amenaza o violencia, pues si ello se verifica, el hecho se subsume en el delito de violencia y resistencia a la autoridad ya analizado.

Sostenemos, al igual que Rojas Vargas (2002, p. 744; Abanto Vásquez, 2003, p. 132), que el momento de la consumación típica se produce en un acto posterior a la emisión de la orden, una vez vencido el plazo legal o el plazo dado. También puede ser casi simultáneo a la orden cuando esta sea perentoria.

2.3. Modalidad de resistir

Esta modalidad delictiva se configura cuando el sujeto activo se resiste o se opone al cumplimiento de la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones.

El agente no solo se limita a no cumplir la orden, sino que se resiste, es decir, trata de impedir el cumplimiento de la orden, se opone

a ella a través de actos de resistencia o de fuerza que no deben de llegar a la violencia o a la intimidación (ROJAS VARGAS, 2002, p. 745; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 133).

El derecho vivo y actuante, por ejecutoria del 4 de noviembre de 2002 (Exp. N.° 58-2002-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004) ha sostenido que «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» (p. 74). Al negarse a cumplir la orden impartida por el juez, lógicamente constituye un supuesto de resistencia.

2.4. Excusa absolutoria: resistencia o desobediencia a la propia detención

En el mismo contenido del tipo penal, en hermenéutica jurídica, encontramos una excusa absolutoria traducida en el hecho de que, si el agente se resiste o desobedece la orden destinada a su propia detención, no será objeto de sanción penal. Así la orden de detención del sujeto activo sea impartida por un funcionario competente, su resistencia al cumplimiento está exenta de pena.

En la doctrina argentina, Fontán Balestra, siguiendo a Soler con razón pretendía justificar la excusa absolutoria con el siguiente razonamiento: «Si el que ha sido tomado puede todavía fugar impunemente, si no se vale para ello de fuerza en las cosas o de intimidación o violencia en las personas, *a fortiori* (con más razón) es impune el que aún no ha sido detenido». Es decir, una persona ya detenida no es objeto de sanción penal; si se fuga sin hacer uso de la violencia o la amenaza (artículo 413 CP), con mayor razón no puede ser objeto de sanción penal la conducta de aquella persona que se resiste a ser detenido.

Esta es la posición asumida por la jurisprudencia nacional. Ahora bien, la Corte Suprema, por ejecútoria del 27 de agosto de 1997 (Exp.

N.° 717-96-Lima, ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal comentada*), ha expresado en forma contundente que «la conducta de los encausados que se circunscribió a impedir sus propias detenciones queda dentro de los alcances de la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 368 CP» (p. 717). En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 7 de noviembre de 2003 (R. N. N.° 2228-2003-Callao, PÉREZ ARROYO, 2006) argumenta lo siguiente:

> 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 CP, cuando prescribe no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención. (p. 1283)

En igual sentido, por ejecutoria del 22 de abril de 2002 (Exp. N.° 3220-2001-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004), la Corte Suprema atinadamente menciona:

> Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil. Aquí no hay una causa de atipicidad, como pretende enseñar Rojas Vargas (2002, p. 746), incluso, este autor considera errónea la posición que argumenta una exención de penalidad o una excusa absolutoria. Si no existe una exoneración de pena por excusa absolutoria (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 135) 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 al 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 de que, si la persona de manera natural pretende protegerlo por sí misma ante una orden impartida de la administración, su conducta no es punible. En este sentido, se pronuncia la ejecutoria, pues al encontrarse 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, lo que ha ocurrido en el presente caso. (p. 84)

No obstante, siempre hay deslices en los niveles inferiores del Poder Judicial. Así la Corte Superior de Lima en forma desatinada, por ejecutoria superior del 11 de junio de 1998 (Exp. N.° 443-97 AMAG, *Serie de Jurisprudencia* 4, 2000, p. 427), sostuvo que «al haber el procesado desobedecido la orden de detenerse, dándose a la fuga en su vehículo, y al ser alcanzado por el policía nacional a quien atropelló, son hechos que constituyen actos típicos de desobediencia a la orden impartida por un funcionario público en ejercicio de sus funciones». Aquí no debieron calificarse los hechos como resistencia o desobediencia a la autoridad toda vez que el agente estaba protegiendo su propia libertad.

Asimismo, no consideramos que sea una causa de atipicidad debido a que la conducta desarrollada por el agente —de resistencia a la orden impartida por el funcionario público competente en ejercicio de sus funciones— es totalmente típica. En efecto, hay orden impartida por el funcionario público, se evidencia resistencia a cumplir tal orden, existe conocimiento y voluntad del agente de resistir el cumplimiento de la orden. Incluso en la conducta no puede concurrir alguna causa de justificación, es más, es imputable jurídicamente a su autor, sin embargo, por disposición expresa del tipo penal artículo 368 CP, tal conducta está exenta de pena. La conducta es típica, antijurídica y culpable pero no punible.

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido general es la correcta y normal administración pública. No obstante, el objeto específico de protección penal es la efectividad de las actividades funcionales, es decir, el cumplimiento de las órdenes impartidas por un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones normales (Rojas Vargas, 2002, p. 742; Abanto Vásquez, 2003, p. 125; Hugo Álvarez, 2000, p. 182).

2.6. Sujeto activo

Se trata de un delito común, por lo que el sujeto activo o autor puede ser cualquier persona. No se exige alguna condición o cualidad especial. Lo único que se exige es que aquella persona (sujeto activo) sea la destinataria de la orden emitida por el funcionario público.

Incluso puede ser agente un funcionario o servidor público en ejercicio o no de sus funciones normales. Así la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, del 8 de enero de 1997 (Exp. N.° 443-97 AMAG, *Serie de Jurisprudencia* 4, 2000, p. 427), señala que «constituye delito de violencia y resistencia a la autoridad, la conducta de los funcionarios municipales que realizan actos para proceder a un desalojo, a pesar de conocer la existencia de un mandato judicial que suspendía la orden de desalojo».

Pero en estos casos, con ABANTO VÁSQUEZ (2003, p. 125) sostenemos que la naturaleza de la desobediencia no puede ser la misma que cuando el desobediente es un particular. Cuando se trata de un funcionario o servidor público desobediente se atenta contra una relación especial de subordinación, a diferencia de los particulares donde la subordinación es de carácter general. En estos casos, donde el legislador no ha hecho la distinción, el juez, al momento de individualizar la pena para el desobediente, deberá tomar en cuenta el mayor injusto penal que genera la circunstancia que el agente sea un funcionario o servidor público.

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o víctima del delito siempre será solo el Estado. Aquí no interviene el funcionario público que emitió la orden que fue desobedecida, ya que no intervienen los elementos comisivos de violencia o amenaza como ocurre en las figuras penales ya analizadas.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Se trata de un delito netamente doloso, por lo que no cabe la comisión por culpa. La misma naturaleza del injusto penal exige un

dolo directo, es decir, el agente debe conocer la circunstancia que debe cumplir la orden que ha emitido el funcionario público, por ser su destinatario; no obstante, voluntariamente desobedece la orden. El conocimiento cierto de la orden dirigida a su persona es fundamental, porque, si en un hecho concreto se llega a determinar que el agente no conoció o no pudo conocer la orden impartida por el funcionario público, así se verifique la resistencia, el delito no aparece. En tal sentido, no son válidas las notificaciones *fictas*, esto es, la presunción de tener al sujeto por notificado sin que se demuestre que este ha tomado conocimiento de la orden. Por lo tanto, el dolo siempre es directo, pues se exige una voluntad dirigida al incumplimiento de la orden (Creus y Mir Puig, citados por ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 133).

La concurrencia del dolo directo es fundamental, caso contrario la tipicidad subjetiva del delito no aparece. Ese es el sentido de la ejecutoria suprema del 30 de octubre de 2000 (R. N. N.° 2318-2000-Ica, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 602), cuando la Suprema Corte argumenta que «si bien es cierto, 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 extrabajadores de dicha comuna fue presupuestada, sin embargo, ha sido frustrada dicha intención de pago ante la situación económica del Municipio, quedando con ello desvirtuada la supuesta renuencia del acusado a cumplir con el mandato judicial».

De ese modo, es posible la concurrencia de un error de tipo. Se verifica este supuesto cuando, por ejemplo, el sujeto activo desobedece la orden impartida al considerar que ha sido impartida por funcionario público no competente.

ROJAS VARGAS (2002, p. 747) sin mayor explicación considera que es suficiente un dolo eventual.

4. ANTIJURIDICIDAD

Es posible que en la conducta típica concurra una causa de justificación como es la legítima defensa o el estado de necesidad justificante. De comprobarse los elementos de alguna de estas situaciones que niegan la antijuridicidad, la conducta muy bien podrá ser típica, pero no antijurídica.

5. CULPABILIDAD

Caso contrario, de verificarse que en alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 368 CP no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente al momento de exteriorizar su conducta de resistencia o desobediencia a la autoridad conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al Derecho. Aquí es posible que se presente un típico caso de error de prohibición que será resuelto según lo dispone el segundo párrafo del artículo 14 CP.

Luego se determinará si el agente, en el caso concreto, pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de atentar contra una orden emitida por funcionario público en ejercicio legítimo de sus funciones.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tienen razón Rojas Vargas (2002, p. 747) y Abanto Vásquez (2003, p. 134) cuando enseñan que el delito se consuma en el momento de vencerse el plazo para cumplirse la orden. Así también se pronuncia la ejecutoria suprema del 6 de agosto de 1999 (Exp. N.° 3297-98-Lima, *Diálogo con la jurisprudencia*, N.° 28, 2001), al argumentar que el delito de «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 relación, siempre y cuando esta se encuentre dentro del marco de la ley» (p. 323).

De la lectura del tipo penal, artículo 368 CP, se concluye que no se necesita algún otro elemento adicional para perfeccionarse la conducta delictiva, como, por ejemplo, algún requerimiento especial.

Sin embargo, como correctamente lo ha sostenido la jurisprudencia nacional, debe existir una conminación previa en una resolución y otra que haga efectivo el apercibimiento previo (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 128). En esa línea argumentativa, tenemos la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 1985 (Exp. N.° 392-85-Lima, *Anales Judiciales de la Corte Superior de Justicia*, Año judicial 1985, T. LXXIII): «no incurre en la comisión del delito de violencia y resistencia a la autoridad, la persona que no fue legalmente notificada con la orden de entregar determinados bienes decomisados» (p. 273).

De ese modo, se ha impuesto la posición que exige el requerimiento al agente para que cumpla la orden bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. Por ello, hay quienes piensan que el delito se consuma luego de que el agente incumple la orden, pese al requerimiento efectuado.

No obstante, para evitar confusiones, creemos que debe hacerse una distinción entre consumación de un hecho punible y la acción penal. Hay consumación de un delito cuando el sujeto activo da cumplimiento a todos los elementos objetivos y subjetivos que exige el tipo penal correspondiente. En tanto que acción penal es la potestad o facultad del Estado de poner en marcha la maquinaria de la administración de justicia para sancionar a aquellos ciudadanos que vulneran o ponen en peligro un bien jurídico debidamente protegido.

De ese modo, el ilícito penal de resistencia o desobediencia a la autoridad se perfecciona o se consuma cuando el sujeto activo, teniendo pleno y cabal conocimiento de la orden impartida por funcionario público para que realice algún acto, dolosamente omite cumplir el

contenido de la orden. Basta con que se verifique o constate que el obligado no cumple con la orden que dispone, realice o deje de hacer determinado acto para estar ante el delito consumado. Si la orden no fue de conocimiento del destinatario, el hecho punible no aparece. Así se ha pronunciado la Corte Suprema en la ejecutoria del 20 de septiembre de 1985 (Exp. N.° 392-85-Lima, *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, Año judicial 1985, T. LXXIII), al argumentar que «no incurre en la comisión del delito de violencia y resistencia a la autoridad, la persona que no fue legalmente notificada con la orden de entregar determinados bienes decomisados» (p. 273).

Cuestión diferente es el requerimiento que debe hacerse al obligado con la finalidad de que cumpla con lo ordenado por el funcionario público. Ello simplemente es una formalidad que se exige y debe cumplirse para hacer viable la acción penal respecto de este delito. El requerimiento que se hace al obligado que dé cumplimiento a lo ordenado, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, se constituye en un requisito de procedibilidad impuesto por la práctica judicial.

En consecuencia, si no aparece tal requerimiento, es imposible formalizar positivamente la acción penal pese a que el hecho punible aparece debidamente consumado. Sin requerimiento previo, no prospera la acción penal respecto al delito de resistencia o desobediencia a la autoridad. De acuerdo con esta situación, si bien no existe norma positiva que así lo exija, ha sido establecida por la jurisprudencia.

En cuanto a la categoría de la tentativa, hay unanimidad en la doctrina en considerar que es imposible su verificación en la realidad, toda vez que se trata de un delito de mera actividad cometido por omisión en la modalidad de desobediencia y por acción en la modalidad de resistencia (Rojas Vargas, 2002, p. 747; Abanto Vásquez, 2003, p. 135).

7. PENALIDAD

El agente, luego de ser encontrado responsable del delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

§ 10

INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, FOTOGRAFÍA Y/O FILMACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «ingreso indebido a centros de detención o reclusión de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación» ha sido incorporado en nuestro Código Penal por la Ley N.° 29867, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2012.

El fundamento de la citada ley lo encontramos en la exposición de motivos del proyecto de ley que le dio origen. En efecto, allí se describe que se pretende responder al clamor ciudadano y brindar a las autoridades una herramienta más para el combate eficiente contra la criminalidad. Por ello, se pretende llenar un vacío normativo, pues

> como consecuencia de la evolución de la actividad delictiva, es incontestable que, en la actualidad, desde las prisiones se planifican, dirigen y ejecutan delitos, utilizando para ello armas, municiones, artefactos explosivos, y especialmente, la comunicación telefónica celular y fija, comportamientos delictivos que no están suficientemente tipificados con la autonomía que se requiere en el Código Penal. (N.° 289/2011-CR, ingresó al Congreso, 4 de octubre de 2011).

En consecuencia, con la indicada ley, se incorporaron al Código Penal diversas fórmulas legislativas, que a continuación se analizan. Entre ellos, se incorporó el artículo 368-A con el siguiente contenido:

> 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. COMENTARIO

La fórmula legislativa sanciona diversas conductas delictivas. Se trata de supuestos de delito común. Asimismo, cualquier persona puede ser autor. No se exige alguna cualidad o condición especial. El agraviado siempre es el Estado titular del bien jurídico protegido, que no es otro que la seguridad pública. Tal como aparece redactada la fórmula legislativa, se entiende que se trata de conductas que materializan delitos de peligro, pues para su consumación no se necesita que se origine o cause un perjuicio oral al bien jurídico protegido.

El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente —esto es, fuera de los márgenes de la ley— ingresa 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 segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo, indebidamente, intenta 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.

Y el tercer supuesto se configura cuando el agente, indebidamente, 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.

Tan mal construida esta la fórmula legislativa que genera confusión en el aplicador del derecho. En efecto, en el primer párrafo se sanciona al que permite el ingreso del material prohibido. Esto quiere decir que se sanciona la conducta del personal policial o del INPE que en la puerta de los centros de detención o centros de reclusión tiene como función no permitir el ingreso de tales materiales; sin embargo, por las razones que sean, dolosamente permiten su ingreso. Este supuesto es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. No obstante, el segundo párrafo de la fórmula legislativa arbitrariamente regula como agravante la misma conducta. Esto es, se prescribe que, si el agente se vale de su condición de autoridad, servidor o funcionario público para permitir que se ingrese a los penales o centros de detención materiales prohibidos, será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

En consecuencia, en un caso concreto en el cual un efectivo policial o un miembro del INPE —servidores públicos— haya sido descubierto en un acto de haber permitido el ingreso de material prohibido, en ¿cuál de los dos párrafos del tipo penal se tipificará su conducta? Considero que, por el principio de favorabilidad, su conducta será subsumida en el primer párrafo del artículo 368-A CP.

De igual forma no se entiende por qué se ha equiparado conductas consumadas con conductas tentadas y se ha previsto la misma pena para ambas. Sin duda, es más reprochable la conducta de *ingresar* que

la conducta de *intentar ingresar* material prohibido a un centro de detención o reclusión.

Se especifica que el objeto material del delito son los equipos o sistemas de comunicación de cualquier naturaleza que permiten la comunicación celular, radial, vía internet u otra forma, vale decir que puede darse el caso que el agente pase en una oportunidad la batería, decodificadores, chips de celulares, memorias u otra parte del equipo de comunicación que una vez unidos o armados faciliten su utilización (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 553/2011.CR presentado al Congreso, 24 de noviembre de 2011).

Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar o intenta ingresar, permite el ingreso de material prohibido a los centros de detención o reclusión, y se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En estos supuestos 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.

3. PENALIDAD

Si luego del debido proceso se encuentra responsable al autor de alguno de los supuestos previstos en el primer párrafo, este será merecedor a una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si los hechos objeto de imputación están tipificados en alguno de los supuestos del segundo párrafo del artículo 368-A CP, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

§ 11

INGRESO INDEBIDO DE MATERIALES O COMPONENTES CON FINES DE ELABORACIÓN DE EQUIPOS DE COMUNICACIÓN EN CENTROS DE DETENCIÓN O RECLUSIÓN

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «ingreso indebido a centros de detención o reclusión de 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» ha sido incorporado en nuestro Código Penal por la Ley N.° 29867, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2012. Allí se dispuso incorporar al Código Penal el artículo 368-B con el siguiente contenido:

> **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. COMENTARIO

La fórmula legislativa sanciona diversas conductas delictivas. Se trata de supuestos de delito común. Cualquier persona puede ser autor. No se exige alguna cualidad o condición especial y más bien si esta concurre se configura la agravante. El agraviado siempre es el Estado titular del bien jurídico protegido, que no es otro que la seguridad pública.

El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente, esto es, fuera de los márgenes de la ley, ingresa 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.

El segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo indebidamente intenta ingresar 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.

Y el tercer supuesto se configura cuando el agente indebidamente 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.

Consideramos que la fórmula legislativa no está adecuadamente construida. Situación que genera confusión en el aplicador del derecho. En efecto, en el primer párrafo se sanciona al que permite el ingreso del material prohibido. Esto es, se sanciona la conducta del personal policial o del INPE que en la puerta de los penales o centros de reclu-

sión tienen como función no permitir el ingreso de tales materiales, sin embargo, por las razones que sean, dolosamente permiten su ingreso. Este supuesto es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. No obstante, el segundo párrafo de la fórmula legislativa arbitrariamente regula como agravante la misma conducta. Esto es, se prescribe que, si el agente se vale de su condición de autoridad, servidor o funcionario público para permitir que se ingrese a los penales o centros de reclusión materiales prohibidos, será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

En consecuencia, en un caso concreto en el cual un efectivo policial o un miembro del INPE —servidores públicos— haya sido descubierto en un acto de haber permitido el ingreso de material prohibido, en ¿cuál de los dos párrafos del tipo penal se tipificará su conducta? Considero que, por el principio de favorabilidad, su conducta será subsumida en el primer párrafo del artículo 368-B CP.

Igual que en el artículo anterior, no se sabe las razones que haya tenido el legislador para equiparar conductas consumadas con conductas tentadas y se ha previsto la misma pena para ambas. Sin duda, es más reprochable la conducta de ingresar que la conducta de intentar ingresar material prohibido a un centro de detención o reclusión. En los casos concretos dependerá del Juez, al momento de individualizar la pena, imponer mayor sanción a aquel que logró ingresar el material prohibido, que aquel que solo se quedó en grado de tentativa.

En suma, se busca sancionar bajo las mismas modalidades del artículo anterior a quienes ingresan, intentan ingresar o permiten el ingreso a los centros de detención o reclusión, de materiales o componentes que den lugar a la elaboración de antenas, receptores u otros equipos que posibiliten o faciliten su comunicación con el exterior de los centros de reclusión. El fundamento es que se tiene conocimiento que en el interior de los penales se utilizan objetos, dispositivos, equipos de comunicación conocidos comúnmente como «aparatos hechizos o convencionales» que no son sino objetos, aparatos o elementos

elaborados por los propios internos con materiales proporcionados del exterior del penal (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 553/2011.CR presentado al Congreso, 24 de noviembre 2011). Esta modalidad es utilizada con la finalidad de evitar introducir todo el equipo de comunicación o sus componentes al momento de las visitas de los familiares, amigos o cómplices. De modo que el artículo anterior busca sancionar el ingreso de los equipos telefónicos, radiales o de internet al interior de los penales para facilitar la comunicación de los internos con el exterior, no obstante, la presente fórmula legislativa pretende sancionar el ingreso de insumos que posibiliten elaborar estos equipos de comunicación al interior de los centros de detención o reclusión, esto es, se busca reprimir el suministro de materiales básicos para construir aparatos convencionales dentro del penal.

Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar o intentar ingresar o permite el ingreso de material prohibido a los centros de reclusión y se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En estos supuestos, 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.

3. PENALIDAD

Una vez que concluye el debido proceso y se encuentra responsable penalmente al acusado de alguno de los hechos previstos en el primer párrafo, este será merecedor de una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

En caso de que el hecho esté tipificado en el segundo párrafo del artículo 368-B CP, 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.

§ 12

SABOTAJE DE LOS EQUIPOS DE SEGURIDAD Y DE COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en los establecimientos penitenciarios» ha sido incorporado en nuestro Código Penal por la Ley N.° 29867, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2012. Allí se dispuso a incorporar al Código Penal el artículo 368-C con el siguiente contenido:

> **El que dentro de un centro de detención o reclusión vulnera, impide, dificulta, inhabilita o de cualquier otra forma imposibilite 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. COMENTARIO

Se trata de un delito común toda vez que para ser autor no se necesita tener alguna condición o cualidad personal especial. También es un delito de resultado, pues para su consumación necesariamente debe haber perjuicio en los equipos de seguridad o comunicación, es decir, la conducta desarrollada por el agente debe ocasionar que los equipos de seguridad o comunicación dejen de funcionar al interior de los centros penitenciarios. De modo que no se trata de un delito de peligro como las demás conductas delictivas previstas en la Ley N.° 29867.

El delito se configura cuando el agente dolosamente al interior de un centro de detención o reclusión vulnera, lesiona o daña el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, con la evidente finalidad de que estos no cumplan su finalidad de vigilancia y control de los internos.

También se configura cuando el sujeto activo impide o no deja que los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios funcionen normalmente y, por lo tanto, impide dolosamente que aquellos no cumplan su finalidad natural cual es tener vigilados y controlados a los internos.

Asimismo, aparece cuando el agente dificulta, estorba o pone obstáculos al funcionamiento de los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios, con la evidente finalidad de que estos no cumplan su objetivo de vigilar y controlar la vida de los internos al interior de los penales. Se presenta por ejemplo cuando el agente por una hora o medio día hace que los equipos de vigilancia no funcionen. Sin duda, ello sucede cuando por ejemplo está participando en otra acción delictiva como puede ser la evasión de un preso, etc.

De igual modo se verifica la conducta delictiva cuando el agente inhabilita o hace que los equipos de seguridad o de comunicación en los establecimientos penitenciarios no funcionen normalmente. Sin duda, tal acción delictiva hace que los equipos no cumplan su finalidad de vigilancia o control de los internos.

Finalmente, se produce el delito cuando el sujeto activo de cualquier otra forma imposibilita el funcionamiento de los equipos de seguridad y/o de comunicación en los establecimientos penitenciarios.

El fundamento de esta fórmula legislativa es reprimir toda acción dirigida a vulnerar, impedir, dificultar o inhabilitar el funcionamiento de los equipos de seguridad o comunicación de los centros penitenciarios, como cámaras de videos, antenas de radios, sistemas de control telefónico, etc., toda vez que es común y conocido y difundido por los medios de comunicación cómo los propios internos, a la vista y paciencia de sus custodios, destruyen o deterioran los equipos de seguridad para evitar ser controlados y vigilados en sus ilícitas actividades, por lo que perjudican gravemente la correcta función de los custodios, así como la propiedad del Estado, que es dañada o destruida (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 553/2011.CR, presentado al Congreso, 24 de noviembre de 2011).

El segundo párrafo prevé circunstancias agravantes de las citadas conductas criminales. En efecto, allí se establece que constituye agravante cuando el agente se vale de un menor de edad. También se verifica la agravante cuando el autor de alguna de las conductas antes citadas se vale de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se materialice el hecho punible. La agravante se verifica en dos modalidades. En efecto, se verifica cuando el agente público, por ejemplo, realiza por sí mismo la conducta punible. De igual forma se verifica cuando el agente público por omisión participa en la comisión del delito. Es decir, dolosamente omite cumplir con su función y permite o deja que un interno por ejemplo realice la conducta dañosa a los equipos de seguridad o comunicación.

En efecto, es sabido que en los penales se implementa el uso de bloqueadores de celulares o se implementan escáneres para que no se introduzcan armas o celulares en los centros penitenciarios, sin embargo, es de conocimiento general que, al poco tiempo de implementados, son destruidos y/o desactivados de manera dolosa, por el propio personal que labora en los establecimientos penales (la expo-

sición de motivos del Proyecto de Ley N.° 654/2011-CR, ingresado al Congreso, 15 de diciembre de 2011). Actualmente, con la fórmula legislativa, tales conductas son sancionadas y constituyen agravantes del delito de sabotaje, que merecen hasta un máximo de pena de diez años de pena privativa de la libertad.

3. PENALIDAD

Si los hechos objeto de imputación fiscal están tipificado en el primer párrafo del artículo 368-C CP, el agente será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.

En cambio, si los hechos aparecen tipificados en el segundo párrafo, el acusado será merecedor de una pena privativa no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

§ 13

POSESIÓN INDEBIDA DE TELÉFONOS CELULARES O ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «posesión de arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en un centro de detención o reclusión» ha sido incorporado en nuestro Código Penal por la Ley N.° 29867, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2012. Allí se dispuso a incorporar al Código Penal el artículo 368-D con el siguiente contenido:

> **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. COMENTARIO

Se trata de supuestos delictivos especiales, pues el agente o el autor de las conductas descritas solo puede ser una persona privada de su libertad. Nadie más que una persona interna en un centro de detención o reclusión puede ser sujeto activo de cualquiera de las conductas punibles.

Por otro lado, se trata de supuestos delictivos de peligro abstracto. Solo el último párrafo del artículo en comentario prevé dos supuestos de peligro concreto. Se trata de delitos de peligro, ya que no es necesario que se ocasione realmente un resultado dañoso para consumarse. Asimismo, son delitos de mera actividad. Basta con que el agente materialice los verbos rectores de poseer o portar para que el delito esté consumado.

El primer párrafo prevé diversas conductas criminales que se verifican cuando el agente o sujeto activo especial, es decir, persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión, posee o porta un arma de fuego o arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos.

Pareciera que se hubiese reiterado una conducta tipificada en el artículo 279 CP, sin embargo, la diferencia radica por el lugar donde se encuentra el autor o sujeto activo de la conducta prohibida. En el caso del artículo 279 CP, el autor puede estar en cualquier lugar del país; en cambio, en el caso del artículo 268-D, la conducta típica solo alcanza de manera especial, única y exclusiva al que se encuentra al interior de un centro de detención o reclusión. La pena es mayor en este último supuesto en cuanto al mínimo, porque aparece como más reprochable y porque, con el desarrollo de las conductas prohibidas, se expone la integridad del personal penitenciario y policial, se pone en peligro la integridad de otros internos, se utiliza para someter y

extorsionar a los internos más vulnerables o débiles, se resquebraja la seguridad del establecimiento penitenciario, supone violación constante a los reglamentos de seguridad de los penales, y el empleo de armas en la amenaza o intimidación contra ciudadanos en libertad, genera mayor temor (Proyecto de Ley N.° 289/2011-CR, ingresado al Congreso, 4 de octubre de 2011).

El segundo párrafo, en cambio, regula diversos supuestos delictivos cuyo objeto es el teléfono celular o sus accesorios. Prevé diversas conductas criminales que se verifican cuando el agente o sujeto activo especial —es decir, persona privada de libertad en un centro de detención o reclusión— posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios que no estén expresamente autorizados. El tipo penal al hacer referencia a accesorios de teléfono está haciendo referencia a chips, baterías, cargadores, memorias externas, antenas, entre otros.

La tipificación de tales comportamientos como delito se justifica en que en reiteradas ocasiones se ha denunciado que desde los centros penitenciarios se planifican, dirigen y ejecutan diversos delitos, especialmente los de extorsión y secuestro. En cuanto al medio, se utilizan para ello la comunicación telefónica para contactar y amenazar a las víctimas. No resulta descabellado, sino razonable, afirmar que un teléfono celular o fijo, constituye un objeto análogo a un arma, munición o artefacto explosivo. En efecto, en términos reales, resultan idóneos para la comisión de graves delitos contra el patrimonio. No debe obviarse que una llamada telefónica con fines de chantaje, extorsión o secuestro genera en la víctima mayor temor y alarma al tener conocimiento de que se efectúa desde un establecimiento penitenciario. Para la víctima, tal situación se traduce en mayor nivel de vulnerabilidad, riesgo y peligro, y, para el sujeto activo de estas conductas, perspectiva de mayor eficacia y contundencia en su intimidación (Proyecto de Ley N.° 289/2011-CR, ingresado al Congreso, 4 de octubre de 2011). Aspectos que, sin duda, justifican su tipificación como delito de peligro autónomo.

Ahora bien, si luego de la correspondiente investigación que realice el titular de la acción penal, se llega a determinar que el interno usó las armas o teléfonos para cometer un ilícito penal, la conducta es más reprochable y, por lo tanto, el agente merecerá más pena. En igual sentido, aparece la agravante cuando se verifica que el interno usó las armas o teléfonos para cometer un ilícito penal así este se haya quedado en grado de tentativa.

3. PENALIDAD

Si los hechos objeto de imputación fiscal aparecen tipificados en alguno de los supuestos del primer párrafo del artículo en comentario, el agente será merecedor a una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

En cambio, si los hechos están tipificados en el segundo párrafo, el agente será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

Finalmente, si los hechos fueron tipificados por el titular de la acción penal en el último párrafo del artículo 368-D, la pena será no menor de diez ni mayor de quince años.

§ 14

INGRESO INDEBIDO DE ARMAS, MUNICIONES O MATERIALES EXPLOSIVOS, INFLAMABLES, ASFIXIANTES O TÓXICOS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «ingreso indebido a centros de detención o reclusión de armas de fuego o armas blancas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos para uso del interno» ha sido incorporado en nuestro Código Penal por la Ley N.° 29867, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de mayo de 2012. Allí se incorporó al Código Penal el artículo 368-E con el siguiente contenido:

> **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. COMENTARIO

La fórmula legislativa sanciona diversas conductas delictivas. Se trata también de supuestos de delito común. En realidad, cualquier persona puede ser autor. No se exige alguna cualidad o condición especial, y más bien si esta concurre se configura alguna de las agravantes sancionadas en el segundo párrafo del artículo 368-E. El agraviado siempre es el Estado titular del bien jurídico protegido, que no es otro que la seguridad pública.

El primer supuesto se materializa cuando el agente indebidamente, esto es, fuera de los márgenes de la ley, ingresa 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.

El segundo supuesto se configura cuando el sujeto activo indebidamente intenta ingresar 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.

Y el tercer supuesto se configura cuando el agente fuera de los márgenes de la ley y reglamentos 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.

Consideramos que la fórmula legislativa no está adecuadamente construida, por lo que es una situación que genera confusión en el aplicador del derecho. En efecto, en el primer párrafo se sanciona al que permite el ingreso del material prohibido, es decir, la conducta del personal policial o del INPE que en la puerta de los penales o centros de detención normalmente tienen como función no permitir el ingreso de tales materiales, sin embargo, por las razones que sean, dolosamente permiten su ingreso. Este supuesto es sancionado con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. No obstante, el segundo párrafo de la fórmula legislativa arbitrariamente regula como agravante la misma conducta, esto es, se prescribe que, si el agente se vale de su condición de autoridad, servidor o funcionario

público para permitir el ingreso a los penales o centros de detención de materiales prohibidos como los indicados en el tipo penal, será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

En consecuencia, en un caso concreto en el cual un efectivo policial o un miembro del INPE —servidores públicos— haya sido descubierto en un acto de haber permitido el ingreso de material prohibido, en ¿cuál de los dos párrafos del tipo penal se tipificará su conducta? Considero que, por el principio de favorabilidad, su conducta será subsumida en el primer párrafo del artículo 368-E CP.

Tampoco se sabe las razones que haya tenido el legislador para equiparar conductas consumadas con conductas tentadas y se ha previsto la misma pena para ambas. Sin duda, es más reprochable la conducta de ingresar que la conducta de intentar ingresar material prohibido a un centro de detención o reclusión. En los casos concretos dependerá del Juez, al momento de individualizar la pena, imponer mayor sanción a aquel que logró ingresar el material prohibido, que a aquel del que solo quedó en grado de tentativa su conducta.

Aparece como circunstancia agravante si el agente para ingresar o intentar ingresar o permite el ingreso de material del tipo indicado en la formula legislativa a los centros de detención o reclusión, se vale de un menor de edad, esto es, menor de 18 años o de su condición de autoridad, abogado defensor, servidor o funcionario público. En estos supuestos, 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.

3. PENALIDAD

Si el titular de la acción penal ha tipificado los hechos en alguno de los supuestos típicos previstos en el primer párrafo del artículo en hermenéutica jurídica, el autor será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

En su caso, si los hechos se tipifican en el segundo párrafo del artículo en comentario, el autor será reprimido con pena privativa no menor de diez ni mayor de veinte años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, del presente código.

§ 15

VIOLACIÓN DE FUEROS DE AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

El delito denominado de «violación de fueros de autoridad» sancionado en el artículo 369 CP, en la legislación penal peruana, tiene su antecedente en el artículo 323 CP derogado, que circunscribió la acción típica en función del ingreso y concurrencia al Parlamento, y tomando como sujeto activo del delito, de forma excluyente, al funcionario público. Sin embargo, ahora tiene el siguiente contenido:

> **El que impide a los senadores o diputados o a los miembros de las asambleas regionales o a los alcaldes o regidores el ejercicio de las funciones propias de sus cargos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.**
>
> **Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36 incisos 1 y 2.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Todos sabemos que en la actualidad no existen senadores, diputados ni asambleas regionales en el Perú, por lo que el tipo penal no es posible que se configure en la realidad. No obstante, el tipo penal sí es aplicable cuando los sujetos pasivos específicos de la conducta son

los congresistas de la República, los presidentes regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales. Este tipo penal constituye un supuesto agravado de los supuestos recogidos en el artículo 365 CP en función del sujeto pasivo específico. Se trata aquí de representantes elegidos por el voto popular. Se refiere, por tanto, en forma específica, a funcionarios pertenecientes al Poder Legislativo nacional, regional y local o municipal (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 137).

La conducta típica se configura cuando el sujeto activo o agente dolosamente, y sin el uso de la violencia o amenaza contra las personas, impide a los congresistas de la República, los presidentes regionales, consejeros regionales, alcaldes y regidores municipales que desarrollen en forma normal las funciones propias de su cargo. Si en el hecho se verifica que el sujeto activo utilizó la violencia o la amenaza contra los sujetos pasivos especiales, este delito se descarta y la conducta se subsumirá en otro tipo penal. En esa línea, es errónea la interpretación efectuada por Portocarrero Hidalgo (1996, p. 68), cuando afirma que igual se consuma el delito si el agente utiliza la violencia.

2.1. Impedir

Esta modalidad consiste en hacer no realizable el ejercicio de las funciones propias del funcionario de alto nivel. Esta modalidad de coacción al sujeto pasivo especial es de naturaleza activa y de resultado. No basta con que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir. Se exige que realmente el sujeto activo con el desarrollo de su conducta busque impedir, obstaculizar o imposibilitar que el funcionario realice las funciones propias de su cargo. Ello implica hacer imposible el inicio de las actividades regulares de los altos funcionarios, definidas por la ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio colectivo de funciones a través de actos de boicot o entorpecimiento, que ocasione impedimento (ROJAS VARGAS, 2002, p. 753).

Es común en la doctrina peruana que los actos de impedir, obstaculizar o imposibilitar que realiza el agente deben realizarse en el momento mismo en que la autoridad está realizando o ejecutando actos

propios del ejercicio de sus funciones, no antes ni después. En forma atinada, Rojas Vargas (2002, p. 753) enseña que el cierre de puertas injustificado del local atribuible a particulares, servidores públicos o funcionarios; el corte de luz dolosamente practicado para impedir la continuación de la sesión; el ingreso de una multitud que impide la continuidad de la sesión, etc., son casos que ilustran esta figura delictiva en la hermenéutica jurídica.

2.2. Agravante

La agravante se configura cuando el supuesto delictivo, previsto en el artículo 369 CP, es cometido por una persona que reúne alguna calidad que prevé el artículo 425 del mismo código. La agravante se fundamenta en el hecho de que los funcionarios o servidores públicos tienen el deber de lealtad para con el Estado y sus representantes elegidos por voto popular.

La modalidad agravada se verifica con el solo hecho de tener el agente la calidad o cualidad especial de funcionario o servidor público, sin mayores precisiones; por tanto, no interesa el nivel, la jerarquía, la competencia o jurisdicción que tenga el agente en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, suspensión temporal, etc.), por cuanto lo que cuenta es el quebrantamiento de los deberes genéricos funcionales o de servicio al Estado.

Al concurrir la agravante, la autoridad jurisdiccional, además de imponer la pena privativa de libertad, impondrá al agente inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2, CP. De modo que se le inhabilitará de 1 a 3 años para ejercer la función, cargo o comisión que venía ejerciendo el agente, aunque provenga de elección popular, y también se le inhabilitará para que obtenga mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

2.3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico es la administración pública que garantiza su normal desarrollo en sus niveles democráticos de decisión. En

forma específica, se busca proteger la libertad de acción y decisión de los funcionarios elegidos por el voto popular, así como el prestigio y respeto debido a los mismos (ROJAS VARGAS, 2002, p. 752).

2.4. Sujeto activo

Agente, autor o sujeto activo puede ser cualquier persona, por ende, no se exige alguna calidad o cualidad especial. Por el contrario, si el agente tiene la calidad de funcionario o servidor público, la conducta se agrava.

2.5. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado. Pero en forma específica solo serán los altos funcionarios elegidos por el voto popular como son los congresistas de la República, los presidentes regionales, los consejeros regionales, los alcaldes y los regidores municipales. Nadie más puede ser sujeto pasivo específico del delito en hermenéutica jurídica. Por ejemplo, de modo alguno puede ser sujeto pasivo de este delito el presidente del Consejo de ministros o el presidente de la Corte Suprema, etc.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Es un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de impedir el normal desarrollo de sus funciones de los altos funcionarios elegidos por el voto popular.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Al ser un delito de resultado, la conducta de impedir se consuma cuando el agente logra su finalidad al haber impedido al funcionario de alto nivel ejercer sus funciones previstas en la ley y en sus reglamentos. No le falta razón a Rojas Vargas (2002, p. 754), en cuanto sostiene que el impedimento sea temporal o permanente no es relevante, igual se consuma el delito.

El impedimento debe ser acreditado en el caso concreto para hacer posible el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, al parecer, en la práctica es difícil internalizar tal circunstancia, hasta el punto en que recién la Corte Suprema tiene que absolver al acusado. Ese es el sentido de la ejecutoria suprema del 9 de julio de 1998 (Exp. N.° 290-98-Cono Norte de Lima) al argumentar que «las imputaciones contra el acusado, de haber impedido a los regidores el ingreso al local del consejo municipal y, por ende, el ejercicio de sus funciones, al no haber sido demostrado de manera objetiva, por cuanto de la ocurrencia común de calle del acta de verificación y constatación se colige que el municipio funciona normalmente, han quedado desvanecidas, ameritándose por lo mismo la absolución del acusado».

Al ser un delito de resultado, es perfectamente posible que la conducta se quede en grado de tentativa. Por ejemplo, estaremos en este supuesto cuando el agente dolosamente y con la firme intención que se frustre el debate de un tema determinado, corta la luz eléctrica donde se realiza el Pleno del Congreso, sin embargo, no logra su finalidad debido a que el Pleno continúa con el desarrollo de su debate al repararse de forma inmediata del corte.

5. PENALIDAD

El agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. No obstante, si el autor del delito investigado y juzgado tiene la calidad de funcionario o servidor público sufrirá, además de pena privativa de libertad, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1 y 2.

§ 16

VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS OFICIALES

1. TIPO PENAL

El antecedente directo del tipo penal lo encontramos en el artículo 325 CP derogado. No le falta razón a Rojas Vargas (2002, p. 758) cuando sostiene que el Código Penal peruano, en este tipo penal, ha escogido los verbos «destruir» y «arrancar» aplicados sobre sellos o marcas para expresar la certificación pública de objetos que deben merecer la debida observancia y respeto tanto de la sociedad civil como de la misma administración pública.

Los supuestos delictivos rotulados como violación de distintivos oficiales aparecen tipificados en el artículo 370 CP:

> **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 la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se evidencia claramente que engloba dos conductas diferentes, toda vez que concurren dos verbos rectores específicos: destruir y arrancar. De ahí que solo se puede destruir o

arrancar lo que está colocado o puesto sobre el objeto. Para que se den los actos ejecutivos materiales señalados en el tipo penal, debe preexistir una situación de hecho: la colocación por orden oficial (pública) de envolturas, sellos o marcas sobre objetos determinados (Rojas Vargas, 2002, p. 759; Hugo Álvarez, 2000, p. 205).

Veamos por separado en qué consiste cada una de las hipótesis delictivas que regula el artículo 370 CP.

2.1. Destruir envolturas, sellos o marcas colocados por la autoridad para conservar o identificar un objeto

Destruir es tornar inservible el distintivo; inhabilitarlo, de modo total, para el fin que cumplía. Por tanto, es arruinar, destrozar sellos, marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización. Entonces, ensuciar, colocar un sello distinto encima o borrar la marca se asimilan a la noción del verbo activo «destruir», si con ello además se anula como distintivo el colocado por la autoridad para conservar o identificar el objeto de que se trate (Rojas Vargas, 2002, p. 759; Abanto Vásquez, 2003, p. 146; Hugo Álvarez, 2000, p. 206).

2.2. Arrancar envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto

Arrancar es sacar, quitar el distintivo del objeto, de modo tal que este pierda su característica de identificación o conservación oficial (Rojas Vargas, 2002, p. 759; Abanto Vásquez, 2003, p. 146). La acción de arrancar concuerda con la naturaleza de las envolturas o distintivos adheridos al objeto por la autoridad para conservarlo o identificarlo.

2.3. Distintivos oficiales

Son distintivos oficiales las envolturas, los sellos o marcas que han sido colocados sobre el objeto que se quiere conservar o identificar por una autoridad estatal en pleno ejercicio de sus funciones.

Las envolturas son cualquier empaque o embalaje que tenga por función cubrir o proteger el bien que se encuentre dentro de

ella (papel, tela, plástico, etc.). El *sello* es un estampado, una impresión fijada por la autoridad sobre el objeto que se quiere preservar o identificar (un emblema, gráfico, dibujo simbólico, iniciales, palabras, etc.), en tanto que *marca* es cualquier otra señal (sigla, picadura, corte, etc.) que permita identificar al objeto en cuanto a su relación funcional (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 147; ROJAS VARGAS, 2002, p. 760).

Solo se exige que estas envolturas, sellos o marcas hayan sido colocados por una autoridad en pleno ejercicio de sus funciones sobre un objeto con la única finalidad de conservarlo o, en su caso, para identificarlo. Además, el distintivo debe ser idóneo para lograr estas finalidades y, además, debe dar a entender que impide la penetración de terceros; no basta con que indique solamente el paso de la administración pública (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 148). Identificar un objeto es reconocerlo de otros similares o parecidos. Conservar es colocarlo en situación de cuidado y observancia, o mantenerlo en buen estado para los propósitos de la ley (ROJAS VARGAS, 2002, p. 761).

Si llega a determinarse que el distintivo fue colocado por una autoridad que no estaba en ejercicio de sus funciones, por estar de vacaciones o licencia, por ejemplo, el delito no se configura.

El objeto en el cual se coloca las envolturas, sellos o marcas puede ser mueble o inmueble, mercancía, cuerpos del delito, locales comerciales, objetos requisados o comisados, objetos embargados por medio de secuestro, documentos, libros, animales, etc.

2.4. Bien jurídico protegido

Sin duda, el bien jurídico genérico es la administración pública, en tanto que el objeto específico de tutela lo constituye el garantizar la eficacia de uno de los actos funcionales de la administración pública: el poder de certificación oficial de objetos, a la vez que afirma el respeto debido a la colocación de distintivos oficiales (ROJAS VARGAS, 2002, p. 758) sobre objetos cuya conservación o identificación se considera de necesidad pública (HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 207.

2.5. Sujeto activo

El sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige alguna calidad o cualidad especial. En consecuencia, es un delito común. Incluso puede ser un funcionario o servidor público. También, puede ser el mismo involucrado con la medida o investigación que da origen a la colocación de los distintivos oficiales o los sellos, o también un tercero ajeno a la medida o investigación (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 145; ROJAS VARGAS, 2002, p. 758).

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado. En forma específica, también se constituye en sujeto pasivo la entidad pública agraviada con la conducta del agente.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Los supuestos típicos que engloba el tipo penal en hermenéutica jurídica son de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. El dolo supone voluntad de lesionar la voluntad estatal del distintivo y conocimiento del simbolismo oficial del mismo (ROJAS VARGAS, 2002, p. 761). La misma redacción del tipo penal lleva a concluir que las hipótesis delictivas solo son posibles de comisión por dolo directo. En cambio, Abanto Vásquez (2003, p. 148), siguiendo al argentino Carlos Creus, sostiene que también es posible el dolo eventual.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Por la misma naturaleza del delito, es posible separar muy bien la tentativa de la consumación. En efecto, se trata de un delito de lesión y, por lo tanto, de resultado concreto. Entonces, estaremos ante una conducta consumada cuando el agente logra destruir o arrancar el distintivo oficial del objeto que se quiere conservar o identificar. Del mismo modo, Rojas Vargas (2002, p, 762) señala que la consumación de este delito requiere de resultados materiales concretos.

Por otro lado, estaremos frente a una tentativa cuando el agente, con la intención de destruir o arrancar el distintivo oficial colocado en el objeto para conservarlo o identificarlo, se dispone a lograr tal finalidad, pero que, sin embargo, por desistimiento o intervención de circunstancias ajenas a su voluntad, no logra su objetivo. Por ejemplo, el agente está a punto de arrancar el distintivo oficial, pero no logra su objetivo debido a la oportuna intervención del policía encargado de la custodia del objeto.

En igual sentido, Abanto Vásquez (2003, p. 149) enseña que es posible la tentativa si los actos no lograron conseguir el objetivo perseguido, como, por ejemplo, cuando se busca destruir el distintivo, pero no se consigue, o lo logra y este sigue siendo reconocible.

5. PENALIDAD

El autor del delito de destruir o arrancar envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos días ni mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

§ 17

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PROCESALES

1. TIPO PENAL

La fuente directa del artículo 371 lo constituye el artículo 326 CP derogado. La redacción es parecida. El actual contenido es como sigue:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se evidencia con claridad meridiana que el tipo penal engloba hasta dos conductas típicas claramente diferenciables.

Así tenemos que la primera conducta delictiva se configura cuando el agente especial que tiene la calidad de testigo, perito, traductor o intérprete se resiste o se abstiene de concurrir al requerimiento de la autoridad competente para colaborar o prestar apoyo en un proceso

judicial o administrativo. Aquí, como muy bien precisa Rojas Vargas (2002, p. 768), el testigo, perito, traductor o intérprete desobedece la intimación (notificación de cumplimiento obligatorio) hecha legalmente de comparecer, es decir, de presentarse ante el funcionario que le ha requerido en lugar, el día y la hora señalados. Dicho comportamiento constituye una omisión simple que infringe el mandato contenido en el requerimiento.

En tanto que la segunda conducta se configura cuando el agente especial que tiene la calidad de testigo, perito, traductor o intérprete, pese a que ha concurrido ante la autoridad que le requirió, se abstiene o niega a prestar declaración, informe o servicio de apoyo requerido en un proceso judicial o administrativo. El momento de la negativa se puede dar al comenzar el acto procesal y ser invocado a cumplir con el contenido del requerimiento o antes de iniciado este (al negarse a admitir las formalidades del caso). La negativa no requiere ser total, pues el agente puede cumplir en parte y negarse en el resto de su declaración, informe o servicio (Rojas Vargas, 2002, p. 768).

Sin duda, para que se configure el delito es necesario que preexista un requerimiento oficial dictado por la autoridad en pleno ejercicio de sus funciones y dentro de las formalidades que exige el procedimiento. El término «requerimiento» tiene una acepción bastante amplia, que abarca desde la simple solicitud o pedido hasta la conminación u orden bajo apercibimiento de denuncia penal. Es en esta última acepción en que debe interpretarse este vocablo a efectos del delito en hermenéutica jurídica (Hugo Álvarez, 2000, p. 217). No le falta razón a Rojas Vargas (2002, p. 769) cuando señala que condición relevante es que debe existir la obligación o deber de comparecer y cumplir con la declaración, informe o servicio. Sobre este último requisito, las leyes procesales han establecido limitaciones al poder del Estado en su facultad de requerir el cumplimiento de la concurrencia física a declarar. Véase, por ejemplo, el artículo 141 CPP.

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico que se pretende proteger es el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública. Sin embar-

go, el 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.

2.2. Sujeto activo

Es un delito especial, toda vez que autor o sujeto activo del delito solo pueden ser aquellas personas que tienen las cualidades siguientes: testigo, perito, traductor o intérprete. Nadie más puede ser sujeto activo de este delito.

Testigo es quien teniendo conocimiento de hechos relevantes para el proceso es convocado por la autoridad competente para prestar declaración. Perito es aquella persona habilitada como tal que tiene conocimientos técnicos o especiales, y que es convocado por la autoridad para emitir dictamen pericial. Intérprete es la persona que es convocada por la autoridad para entender lo dicho por quien habla un idioma distinto al oficial con el cual se desarrolla el procedimiento. En tanto que traductor es el especialista que convierte al idioma oficial lo que está escrito en idioma o dialecto distinto (Rojas Vargas, 2002, p. 767; Abanto Vásquez, 2003, p. 140).

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, por ser el único titular del bien jurídico protegido, como es la correcta administración pública.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se concluye que se trata de conductas delictivas de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa. Solo es aceptable un dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual. En parecido sentido, Rojas Vargas (2002., p. 142) alega que la doctrina exige intencionalidad o malicia con lo cual es improbable el dolo eventual sobre todo por la dificultad de diferenciarlo de la culpa.

Aquí el agente actúa con conocimiento del requerimiento que le hace la autoridad y la voluntad de abstenerse de concurrir o cumplir el deber encomendado por la autoridad dentro del proceso oficial.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Al tratarse de un delito de desobediencia específica por omisión propia, el delito se consuma, en el primer supuesto, con la no concurrencia del testigo, perito, traductor o intérprete pese al conocimiento del requerimiento oficial. En el caso de concurrir al requerimiento de la autoridad, en el segundo supuesto, se consuma cuando el testigo, perito, traductor o intérprete se abstiene de prestar declaración, informe o servicio requerido. No se exige, a efectos de la consumación, algún resultado.

Por la misma naturaleza del delito, consideramos que no es posible que la conducta se quede en grado de tentativa. De posición contraria es Abanto Vásquez (2003, p. 142), quien acepta la tentativa como posible. En tanto que Rojas Vargas (2002, p. 770) sostiene que la tentativa es controvertible.

5. PENALIDAD

El autor del delito de desobediencia a mandamiento o requerimiento de autoridad competente, luego del debido proceso y acreditarse su responsabilidad penal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

En el caso de que el autor del delito tenga la calidad de perito, traductor o intérprete será sancionado, además de la pena privativa de libertad, con inhabilitación de seis meses a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4. Dicho de otro modo, se le privará de la función, cargo o comisión que ejerce aunque provenga de elección popular; también se le inhabilitará para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, así como también se le inhabilitará de ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros, profesión, comercio, arte o industria.

§ 18

VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

1. TIPO PENAL

El delito denominado «violación de los medios de prueba o atentado contra los medios de prueba» aparece regulado en el artículo 372 CP. Tiene su antecedente más cercano en el artículo 327 CP derogado. Actualmente, tiene el siguiente contenido:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

La fórmula legislativa empleada por el legislador para construir la estructura del tipo penal del artículo 372 engloba hasta cinco hipótesis delictivas, que pueden realizarse en la realidad lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico genérico protegido, cual es el recto o correcto funcionamiento de la administración pública.

Los cinco supuestos delictivos se identifican cada uno con los siguientes verbos rectores: sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar 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.

Veamos enseguida en qué radica cada uno de los supuestos típicos anotados, así como en qué consisten los objetos, registros o documentos destinados como prueba que hace referencia el tipo penal, en qué consiste la preexistencia del proceso, y finalmente en qué consiste la custodia oficial.

2.1. Supuestos típicos

El supuesto típico de **sustracción** se configura cuando el agente saca, sustrae, quita o aleja el bien mueble, registro o documento del lugar donde se encuentra. El sujeto activo intencionalmente aleja la cosa de la esfera de custodia a la que está sometida.

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 (Rojas Vargas, 2002, p. 776).

La acción típica de **ocultar** se configura cuando el agente dolosamente esconde los bienes muebles, registros o documentos de la vigilancia u ojos del encargado de custodiarlos. Incluso, el mismo custodio puede ocultarlo para no entregarlo cuando le sea requerida su presentación por la autoridad competente. Hugo Álvarez (2000, p. 231) enseña que este verbo tiene una acepción análoga o similar, más bien sinónima de la acción de esconder, desaparecer por breve tiempo o momentáneamente el objeto, registro o documento, de manera que no pueda ser hallado en el momento que se requiere para utilizarlo como prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso.

El supuesto típico de **cambiar** se presenta en la realidad cuando el sujeto activo dolosamente sustituye o cambia el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso por otro similar de

menor o mayor sobre el cual no hay relación funcional de custodia. En cambio, Abanto Vásquez (2003, p. 150) argumenta que en el acto de cambiar hay una sustitución del bien por otro de igual o distinta naturaleza.

En cuanto a 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.

La acción típica de **inutilización** se configura cuando el agente dolosamente inhabilita, incapacita, imposibilita, invalida, estropea o malogra el bien mueble, registro o documento destinado a ser prueba en un proceso, al punto de que no puede al final cumplir con su objetivo. Rojas Vargas (2002, p. 777), en forma atinada, argumenta que inutilizar es privarle al objeto, archivo o documento de sus casualidades probatorias, además de hacerlo inviable o inidóneo para el fin que motivó su custodia oficial (raspar la serie de un motor, pulir las fibras estriadas del cañón del revólver, alterar las facturas, títulos, etc.), pero conservando su consistencia material.

El contenido de los verbos sustraer, ocultar o cambiar tienen equivalencia porque no implican lesión o daño material de los bienes muebles, registros o documentos, a diferencia de la destrucción e inutilización de estos. No obstante, todas las referidas acciones hacen impracticable el fin probatorio de aquellos objetos, e implican un claro atentado a la administración pública (Rojas Vargas, 2002. p. 777).

2.2. Objeto de la acción

De la lectura del tipo penal, se deduce que el objeto sobre el cual se dirige la acción típica del agente lo constituyen los objetos, registros y documentos, cuyo destino es servir de prueba en un proceso judicial o administrativo.

Objetos son todos los cuerpos materiales sensibles y apreciables que pueden servir de elemento de prueba o conducir a probanza una vez actuados ante el funcionario administrativo o judicial competente.

El término «objetos», al que alude el tipo penal, se refiere a los bienes muebles o semovientes, de comercio o no, y que poseen materialidad, incluso a cosas desprovistas de valor de cambio. Entonces, objetos se refiere a cosas, no a derecho o competencias (ROJAS VARGAS, 2002, p. 777). Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 151) también considera que el término *objetos* engloba a los bienes inmuebles.

Registros, en cambio, son espacios físicos instrumentalizables que gozan de extensión y donde se anotan, declaran o se hace constar hechos, cuentas o actos jurídicos presentes o pasados, oficiales o privados (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 152). Por ejemplo, registros de propiedad, protocolos, inventarios, planillas, libros, registros de actas de reuniones, registros contables, catálogos, etc.

En tanto que el documento al que se refiere el tipo penal debe ser entendido como toda escritura o distintivo fijado sobre un medio idóneo oficial o particular debido a un autor determinado o determinable donde se expresa una pretensión jurídica o prueba un hecho jurídicamente relevante. El concepto de documento es restringido y funcional.

2.3. Preexistencia de proceso

El mismo tipo penal indica que los objetos, registros o documentos deben estar dirigidos o, mejor, deben tener como destino prioritario el de servir de prueba en un proceso. No se configura el delito cuando el agente sustrae, para destruirlo, un objeto dado en custodia sin destino probatorio (HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 227).

De ahí que es lugar común en la doctrina penal argumentar que para que se configuren los supuestos delictivos es *conditio sine qua non* que se acredite la preexistencia de un proceso en pleno trámite, ya sea de carácter administrativo, parlamentario o judicial.

Rojas Vargas (2002, p. 778) enseña que la ubicación sistemática del tipo penal, no precisamente en la sección de delitos contra la función jurisdiccional, hace del proceso uno de carácter amplio, el mismo que deberá estar en curso, es decir, en pleno desarrollo o trámite. Si se acredita que el proceso ya concluyó, los supuestos delictivos no se configuran,

pues, así los objetos, registro o documentos tengan la finalidad de servir de prueba, aquella finalidad será imposible de materializar.

2.4. Custodia oficial

Los objetos, registros o documentos sobre los cuales se dirige la conducta del agente deben estar en custodia o vigilancia, a cargo de un funcionario o servidor público o de un tercero al que se le haya delegado tal función estatal. Se entiende que el encargo de custodia o vigilancia ha sido dispuesto por autoridad competente y en pleno ejercicio de sus funciones (Hugo Álvarez, 2000, p. 233). Esto significa que la acción del agente debe ser después de 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.

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 (Rojas Vargas, 2002, p. 779).

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido genérico lo constituye la recta o correcta administración pública. El objeto específico de tutela es la protección de la naturaleza pública oficial de la custodia de bienes muebles (Rojas Vargas, 2002, p. 774), registros o documentos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente encargada de tramitar un proceso judicial o administrativo.

2.6. Sujeto activo

Sujeto activo o autor del delito puede ser cualquier persona, y el tipo penal no exige la concurrencia de alguna calidad o cualidad especial en la persona del agente. Se trata de un delito común. Incluso la

fórmula legislativa prevé el caso de que el autor sea el propio custodio de los bienes, registros o documentos destinados a ser prueba en la tramitación de un proceso. Abanto Vásquez (2003, p. 149) sostiene que no es necesario que se trate de una persona distinta de aquella que tiene relación funcional con los bienes.

Consideramos que la Corte Suprema no tiene razón cuando argumenta que, si es el propio custodio del bien mueble, registro o documento que servirá de prueba, el que realiza la conducta típica, el delito no aparece. En la ejecutoria del 26 de octubre de 2000, la Corte Suprema ha sostenido que «el delito contra la administración pública, previsto en el artículo 372 CP, se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos que obran en poder de persona distinta al agente [...]» (Exp. N.° 2289-2000-Lima, ROJAS VARGAS, 2002, p. 771).

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, titular indiscutible del bien jurídico protegido con los supuestos delictivos que encierra el tipo penal en hermenéutica jurídica.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La estructura del tipo penal evidencia que se trata tanto de un delito de comisión dolosa como culposa. No obstante, la culpa solo se admite en dos modalidades: destrucción e inutilización de los bienes, registros o documentos destinados a ser prueba en un proceso judicial o administrativo. Los demás supuestos del tipo penal solo son de comisión dolosa.

El dolo exige que el agente tenga conocimiento del vínculo oficial de custodia del bien mueble, registro o documento y de que la acción típica realizada lesiona o quebranta aquel vínculo funcional y, no obstante, en forma voluntaria actúa.

Abanto Vásquez (2003, p. 151) argumenta que, en relación con las conductas típicas, solamente es posible el dolo directo, pues no

es imaginable que alguien solo cuente con la posibilidad de que su conducta implique una sustracción, un ocultamiento.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Los supuestos delictivos se perfeccionan en el momento en que se materializan los verbos rectores que los representan. Por ello, se afirma que el delito es de naturaleza activa y de consumación instantánea (ROJAS VARGAS, 2002, p. 779). En efecto, en el momento en que el sujeto activo materializa la sustracción, el ocultamiento, el cambio, la destrucción o la inutilización de los objetos muebles, 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, estaremos ante la consumación del delito. Antes de que se produzcan o materialicen aquellas acciones estaremos ante la tentativa.

5. PENALIDAD

El autor del delito de violación de medios de prueba será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años si ha actuado con dolo.

En cambio, si se trata de una conducta típica de destrucción o inutilización por culpa del agente, la pena será privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de un año o prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

§ 19

SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS POR LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

La fórmula legislativa que regula el tipo penal, artículo 373 CP, que recoge el delito denominado «sustracción de objetos requisados» tiene su fuente inmediata en el artículo 324 del Código de 1924. Ahora tiene el contenido 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. TIPICIDAD OBJETIVA

La conducta típica en forma objetiva se configura cuando el agente o sujeto activo realiza el acto de sustraer objetos requisados por la autoridad de la esfera de vigilancia donde se encuentran.

Del concepto, se evidencia que la conducta típica exige la concurrencia de los siguientes elementos.

2.1. Acción de sustracción

Se entiende por «sustracción» todo acto que realiza el agente para arrancar o alejar el bien requisado de la esfera de vigilancia del encargado

de custodiarlo. Se configura con los actos que realiza el agente con la finalidad de romper la esfera de vigilancia del encargado de la custodia y cogerlo para luego desplazarlo a su esfera de dominio.

También se entiende por sustracción a toda acción que realiza el sujeto activo con la finalidad de desplazar el bien del lugar donde se encuentra. No es relevante para perfeccionar el delito determinar la finalidad que le dará el agente al objeto sustraído: si lo destruye, regala, deja tirado, lo vende, esconde, etc. (Rojas Vargas, 2002, p. 788; Abanto Vásquez, 2003, p. 158; Hugo Álvarez, 2000, p. 243).

Objetivamente deben haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del delito, caso contrario el delito no aparece.

Tampoco se exige necesariamente la aprehensión manual o contacto material del autor con el bien requisado, debido a que muy bien pueden realizarse los actos de sustracción por otros medios, como, por ejemplo, valiéndose de otra persona —caso de autoría mediata—, de animales o de procedimientos mecánicos o electrónicos (caso de sustracción por medio de la informática).

2.2. Objetos requisados por la autoridad

El otro elemento que debe acreditarse es que el objeto de la sustracción realizado por el agente debe constituir un objeto requisado por autoridad competente en el normal ejercicio de sus funciones.

La requisa es un procedimiento técnico común de carácter policial, administrativo, fiscal o judicial por el cual se incautan objetos que la autoridad presume que provienen o tienen procedencia delictiva o, en el mejor de los casos, que serán utilizados en el futuro para cometer hechos punibles. Abanto Vásquez (2003, p. 157) acota que la requisa es un término amplio que engloba cualquier actividad de la administración pública que prive temporalmente del disfrute de los derechos reales distintos a la propiedad, al titular o poseedor de los bienes. El titular o poseedor del bien no solo se limita a los particulares, sino también puede ser alguna institución estatal. Por su parte, Hugo Álvarez (2000,

p. 244), restringidamente, entiende que dicho término está asociado a la acción de incautar, confiscar, decomisar bienes pertenecientes a particulares cuyo origen se presume ilícito o teniendo un origen legal sirvieron o sirven como insumos para la producción de productos prohibidos por la ley.

De ese modo, el objeto requisado al que hace referencia el tipo penal será aquel bien mueble incautado como consecuencia de la realización de la requisa efectuada por autoridad competente.

2.3. Custodia oficial

Luego de que la autoridad competente requisa o incauta un bien, siempre lo coloca en custodia o vigilancia de una apersona que muy bien puede ser un funcionario o servidor público o un tercero. Por ejemplo, si el procedimiento de requisa ha sido efectuado por personal policial, siempre es normal que uno de ellos se quede a cargo de los bienes requisados por disposición, ya sea del fiscal que intervino en la requisa o del oficial que dirigió el trabajo policial.

2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico es la recta o correcta administración pública. En cambio, el objeto específico de protección penal es el interés del Estado de garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos que son o serán en el futuro de interés para la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 786). Hugo Álvarez (2000, p. 246) enseña que el bien jurídico específico lo constituye la inviolabilidad de la custodia dispuesta sobre dicho objeto requisado, que hace perder de esa forma al Estado la posibilidad de ejercer su dominio.

2.5. Sujeto activo

Autor puede ser cualquier persona, al tratarse de un delito común. El tipo penal no exige alguna cualidad o calidad especial en la persona del agente. Puede ser tanto un funcionario o servidor público como un particular.

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, porque se constituye en el único titular del bien jurídico protegido, como es la correcta administración pública.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal, inmediatamente se cae en la cuenta de que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa del agente.

El sujeto activo actúa con conocimiento que el bien ha sido requisado por la autoridad competente, sin embargo, voluntariamente lo sustrae del lugar donde se encuentra. Se saca de la esfera de vigilancia del que lo tiene en su poder. Si, por ejemplo, el agente no sabe o desconoce que está sustrayendo un objeto requisado por autoridad competente, no se configura el delito en comentario (HUGO ÁLVAREZ, 2000, p. 243), por lo que la conducta se subsume en la figura del hurto, siempre y cuando, aquel objeto tenga un valor patrimonial superior a una remuneración mínima vital.

Al igual que Abanto Vásquez (2003, p. 158), consideramos que el tipo penal solo admite el dolo directo. No es posible que la conducta típica se perfeccione por dolo eventual.

En cambio, Rojas Vargas (2002, p. 788) es del parecer que el tipo penal no requiere una finalidad especial, y el dolo eventual perfecciona la tipicidad a nivel subjetivo.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito se perfecciona o alcanza el nivel de consumación cuando el agente logra efectivamente sustraer el o los objetos requisados por la autoridad competente. Se requiere que el autor o sujeto activo haya separado el bien de la esfera de custodia de la administración (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 158). En sentido parecido, Rojas Vargas (2002, p. 788).

Es un delito de mera actividad, pues se perfecciona con el simple sustraer el bien, además no requiere acreditar un real daño o perjuicio al Estado. Asimismo, es un delito de comisión instantánea, es decir, se perfecciona en el instante en que el agente logra la sustracción del objeto requisado.

No obstante, la acción de sustracción, sin duda, puede quedarse en el grado de tentativa. Ello se configura cuando el agente, en instantes en que se dispone a sustraer el objeto requisado por autoridad competente, es descubierto.

5. PENALIDAD

El autor del delito de sustracción de objetos requisados por autoridad competente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

§ 20

PERTURBACIÓN DEL ORDEN EN RECINTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. TIPO PENAL

El antecedente más cercano del tipo penal artículo 375 del Código de 1991 lo constituye el artículo 329 CP derogado, aun cuando tenía una redacción más restrictiva. Actualmente, los supuestos delictivos que en la legislación argentina se denominan «perturbación de actos oficiales», y aparecen tipificados así:

> **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 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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se evidencia que encierra dos conductas típicas o modalidades delictivas claramente diferenciables. La primera se concreta cuando el agente causa desorden en la Sala de sesiones del Congreso, de las asambleas regionales, de los consejos

municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde estas autoridades ejerzan sus funciones. La segunda modalidad se configura cuando el agente ingresa armado a los citados recintos.

La primera modalidad se configura cuando el agente causa desorden en la sala de sesiones o audiencias de las instituciones públicas que especifica el tipo penal. La conducta se concreta cuando las instituciones públicas están en plena sesión o, en su caso, en plena audiencia. Si no hay sesión o audiencia, el delito no se verifica así el agente ingrese a los citados recintos y cause desorden en los bienes que allí se encuentren.

Con Rojas Vargas (2002, p. 823), argumentamos que causar desorden es alterar o perturbar el estado normal de las actividades en los recintos públicos indicados. El núcleo rector expresa un resultado de desorden, esto es, de confusión, desasosiego, ocasionado con el comportamiento del agente, y que indispone al desarrollo de las sesiones habituales. No interesa la forma como el agente cause el desorden; por ejemplo, puede ser anunciando la presencia de una bomba, ingresando a viva voz, efectuando mítines, dirigiendo el desorden desde fuera, etc. En parecido sentido, Hugo Álvarez (2000, p. 266).

El recinto o lugar público donde se concreta la conducta delictiva será la habitual sala de sesiones del Congreso, de las asambleas regionales, de los consejos municipales o la habitual Sala de audiencias de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde estas autoridades ejerzan sus funciones. Esta última frase debe interpretarse en el sentido de que igualmente se verifica el delito si el lugar a donde ingresa el agente a causar desorden no es la habitual Sala de sesiones o audiencias, sino otro lugar donde el Congreso, la Asamblea Regional o el Concejo Municipal ha decidido sesionar. O, en su caso, otro lugar donde el Tribunal de Justicia ha decidido realizar la audiencia.

En parecido sentido, Rojas Vargas (2002, p. 824) y Abanto Vásquez (2003, p. 176) enseñan que la frase «otros lugares» es subsidiaria, es decir, suple la deficiencia de no existir sala de sesiones por otro recinto o lugar donde estas sesiones o reuniones se realicen o, en un sentido más amplio, también comprende los lugares donde los funcio-

narios públicos ejercen sus funciones de forma regular o excepcional (cárceles en el caso de los tribunales, plazas públicas en el caso de los concejos municipales, etc.).

La segunda modalidad se verifica con el solo ingreso del agente armado en los recintos antes citados, en circunstancias en que se encuentran en plena sesión o audiencia los funcionarios o servidores públicos del Congreso, la Asamblea Regional, el Concejo Municipal o un Tribunal de Justicia.

Ahora bien, «entrar armado» es el acto de ingresar a los citados recintos premunido o portando un arma, es decir, un instrumento como puede ser un revólver, metralleta, arcos, ballestas, puñales, hachas, verduguillos, cuchillo, picos, martillos, vidrios, etc. (Rojas Vargas, 2002, p. 825).

El arma puede ser propia o impropia (aparente). Lo que interesa es el aumento del poder agresivo en el autor y, a su vez, la mayor intimidación que puede ejercer sobre los funcionarios si el agente decide utilizarla. De acuerdo con Rojas Vargas (2002, p. 825), no resulta subsumible en la frase entrar armado las armas aparentes por inidoneidad absoluta.

Según la redacción del tipo penal, no se exige el real uso del arma en la ejecución del delito. Es suficiente el simple enseñar, mostrar o blandir ante los funcionarios o servidores públicos que se encuentran en sesión o en su caso, en audiencia. Si el agente, por el contrario, lleva oculta el arma y en ningún momento los funcionarios que se encuentran en sesión o en audiencia lo observan, el delito no se configura. No debemos soslayar que el uso del arma puede ser tanto para ejercer violencia sobre la autoridad, funcionario o servidor público como para amenazarlos.

En tal sentido, no es de recibo la posición asumida por Rojas Vargas (2002, p. 825) cuando enseña que no interesa que el sujeto lleve el arma oculta o la tenga en la mano, blandiéndola, cogiéndola o apuntando, porque el delito igualmente se habrá consumado. En esta misma línea interpreta Hugo Álvarez (2000, p. 267).

2.1. Bien jurídico protegido

Sin duda, aquí también se pretende proteger de manera genérica el correcto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública; no obstante, el bien jurídico específico lo constituye el normal funcionamiento de las instituciones públicas importantes para el país. Concretamente, se protege la libertad del ejercicio funcional en cuanto al desarrollo ordenado y normal de las actividades de las instituciones públicas como son el Congreso, las asambleas regionales, los concejos municipales o los tribunales de justicia.

2.2. Sujeto activo

El sujeto activo o autor del delito en hermenéutica jurídica puede ser cualquier persona, tenga interés o no en el asunto que se trate en la sala de sesiones. El tipo penal no exige alguna cualidad especial en el agente. Como se trata de un delito común, puede ser tanto un particular como un funcionario o servidor público. Incluso, es común en la doctrina nacional sostener que sujeto activo puede ser un funcionario o servidor público que pertenezca a la institución pública especificada en el tipo penal (Abanto Vásquez, 2003, p. 175; Rojas Vargas, 2002, p. 822).

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o agraviado siempre es el Estado. En tanto que las instituciones públicas señaladas en el tipo penal que resultan afectadas en forma directa con el actuar del sujeto activo se constituyen, como bien señala Rojas Vargas (2002, p. 823), en los órganos agraviados. En tal sentido, no tiene razón alguna Abanto Vásquez (2003, p. 175) cuando, siguiendo al argentino Carlos Creus, enseña que el sujeto pasivo está constituido por determinados funcionarios públicos: los que administran justicia o se encargan de representar al pueblo en la labor legislativa, nacional, regional o local.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal, se concluye que se trata de un delito doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento de que con su conducta causará desorden en la Sala de sesiones o audiencias, voluntariamente actúa, toda vez que esa es su intención.

De la estructura de la fórmula legislativa, se advierte que los supuestos delictivos que engloba el delito en análisis solo serán posible su comisión por dolo directo, pues al agente le guía la intención o el ánimo de causar desorden en la Sala de sesiones o audiencias (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 177).

Las circunstancias en las que el tipo penal no exija alguna finalidad especial que pretenda conseguir el agente (frustrar la sesión, que no traten el tema que le interesa al agente, no lo sentencien si se trata de un tribunal de justicia, etc.) con su actuar en absoluto puede servir para sostener que las modalidades requieren dolo eventual, como argumenta Rojas Vargas (2002, p. 825). 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 como «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.

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

Aquí hay que diferenciar los dos supuestos delictivos que tipifica el tipo penal artículo 375 CP en análisis. El primer supuesto es de resultado instantáneo, la conducta del agente se perfecciona cuando el agente logra causar desorden en la Sala de sesiones del Congreso Nacional, de la Asamblea Regional, del Concejo Municipal, o en la Sala de audiencias de un Tribunal de Justicia. En cambio, en el segundo

se perfecciona con el solo ingreso del agente a la Sala de sesiones del Congreso Nacional, de la Asamblea Regional, del Concejo Municipal, o en la Sala de audiencias de un Tribunal de Justicia. Este último supuesto se trata de una conducta de mera actividad. No se necesita acreditar que el agente haya logrado algún objetivo. Basta que se verifique que ingresó portando algún arma.

En el primer supuesto, al tratarse de un delito de resultado, es perfectamente posible que se quede en grado de tentativa. En tanto que, en el segundo supuesto, al ser un delito de mera actividad, no es posible la tentativa (ROJAS VARGAS, 2002, 826; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 177).

5. PENALIDAD

El agente, luego del debido proceso, de ser encontrado responsable, penalmente será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Parte II

Delitos cometidos por sujetos públicos

§ 1

ABUSO DE AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

El antecedente directo del artículo 376 que recoge diversas conductas delictivas que en doctrina se conoce con la denominación de «abusos innominados» lo constituye el artículo 337 CP derogado. El contenido inicial del tipo penal fue objeto de modificación en una primera oportunidad por la Séptima Disposición Final de la Ley N.° 28165 del 10 de enero de 2004. Luego, otra modificación se produjo por la Ley N.° 29703, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de junio de 2011, la misma que solo se limitó a suprimir signos de puntuación, como son dos comas. Ahora tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.**
>
> **Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Según el contenido del tipo penal, el delito de abuso de autoridad genérico se configura cuando un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones, abusando de sus atribuciones propias de su cargo,

comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien, o mejor, que perjudique a un tercero.

Tratando de hacer que ciertas conductas contra la administración pública sean sancionadas solo por el derecho administrativo disciplinario que en estos tiempos ha alcanzado un desarrollo sostenido, por proyecto aprobado por Sala Plena, el Poder Judicial propuso que solo constituyan delito de abuso de autoridad las conductas materializadas por un acto arbitrario que haya causado un grave perjuicio a alguien. En efecto, en la exposición de motivos del citado proyecto se argumentaba que «el tipo penal» se ha reformulado al sustituirse la frase «acto arbitrario cualquiera» por el «acto arbitrario que cause un grave perjuicio a alguien». El cambio no es meramente terminológico, sino que tiene relación con la observancia de los principios de subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal. Esta rama del derecho solo puede ocuparse de las conductas más graves, circunstancia que no solo está vinculada al abuso funcional del agente, sino también a que el acto abusivo sea realmente gravoso para el sujeto pasivo (exposición de motivos del proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ de reforma de los delitos contra la administración pública remitido por la Sala Plena de la Corte Suprema al Congreso).

Sin embargo, el proyecto fue cambiado por la Comisión de Justicia del Congreso y, en este aspecto, se suprimió la palabra «grave», por lo que se volvió al mismo sentido del texto que se pretendió modificar, tal como finalmente se recogió en la Ley N.° 29703. En este aspecto, estamos de acuerdo con el proyecto formulado por el Poder Judicial, pues hay conductas nimias e insignificantes de evidentes abusos de ciertas autoridades que entran a la administración de justicia penal, cuando bien y de mejor manera pueden ser sancionadas por el derecho administrativo disciplinario. Puesto que el derecho penal se sustenta en los principios de subsidiaridad y fragmentariedad, no puede resolver todo tipo de conflictos.

No obstante, es tarea de la ley penal vigente el hacer dogmática, por lo que debemos decir que para la configuración objetiva del delito de abuso de autoridad se necesita de la concurrencia de diversos subelementos especiales. A falta de uno de ellos, el delito no aparece.

En primer término, debemos establecer en forma pedagógica que la comisión del delito denominado abuso de autoridad puede perpetrarse por medio de dos conductas típicas claramente diferenciadas. Ellas se identifican con los verbos rectores *cometer* y *ordenar.* Veamos enseguida en qué consisten cada una de ellas. Luego analizaremos qué significa el abusar de las atribuciones. Además, debemos establecer qué se entiende por acto arbitrario. Y finalmente determinar qué se entiende por causar un perjuicio a alguien.

2.1. Modalidades típicas

De la fórmula legislativa, se tiene que el delito, en hermenéutica jurídica, puede perfeccionarse por dos modalidades: cometer un acto arbitrario en perjuicio de tercero u ordenar un acto arbitrario en perjuicio de tercero.

La conducta típica de cometer un acto arbitrario en perjuicio de tercero se configura cuando el agente, que siempre será un funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones, por sí mismo realiza el acto arbitrario. Aquí el funcionario público personalmente efectúa perfecciona o realiza el acto arbitrario en perjuicio de tercero.

En esta modalidad de abuso de autoridad, el sujeto activo imputado de cometer un acto arbitrario es también quien lo ha ordenado; la orden se halla implícita en la tipicidad del hecho ilícito. El proceso ejecutivo del delito vincula directamente actos de orden y actos de ejecución. El contenido de la imputación penal va dirigido a él, ya que cumple con los requisitos típicos de la decisión a través de la orden y de la actuación directa en la ejecución material (Abanto Vásquez, 2003, p. 141; García Navarro, 2007, p. 76).

En tanto que la conducta típica de ordenar se configura cuando el funcionario público en pleno ejercicio de sus funciones dispone que otras personas sean las que ejecuten el acto arbitrario en perjuicio de tercero.

El sujeto activo no participa directamente en la ejecución de la orden que ha causado el acto arbitrario lesivo a los intereses de tercero. La condición necesaria para la configuración del delito es que el hecho

típico se haya producido y resulte imputable en su comisión material a personas distintas al funcionario que dio la orden, ya sea que estas actúen por disposición y trámite regular administrativo o que hayan sido elegidas, contratadas o instrumentalizadas por el funcionario que dio la orden o mandato (Rojas Vargas, 2002, p. 142). En el mismo sentido, García Navarro (2007, p. 72) señala que ordenar consiste en emitir una disposición de un acto que debe ser ejecutada por un funcionario, un servidor o un particular. El agente no interviene en la ejecución directa el acto arbitrario, pero sí en su disposición. Esa modalidad es un delito de propia mano, pues además de estar circunscrita a su ejecutor, quien ostenta la condición de autoridad, la comisión de esta no es pasible de ser atribuida a otro.

La ejecutoria suprema del 7 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:

> Conforme al Memorándum número... 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. (R. N. N.° 103-2007-Lambayeque, Urquizo Olaechea, 2011, p. 684)

2.2. Abuso de atribuciones

En la ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2003, se precisa en forma pedagógica que

> para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades confe-

> ridas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública y, consiguientemente, determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente. (R. N. N.° 2240-2002-Arequipa, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N.° 75, 2004, p. 266)

De esa forma, el abuso de atribuciones o de poder se realiza cuando el funcionario público extralimita los límites de su competencia y actúa fuera de los casos establecidos por la ley o reglamentos que regulan su cargo 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 objetivo distinto de aquel para el cual le fueron conferidas (Antolisei, citado por ROJAS VARGAS, 2002, p. 136). El abuso puede concretarse tanto con un mal uso doloso de atribuciones como con una extralimitación dolosa de funciones.

La comisión del abuso de funciones requiere de la competencia de ejercer actos pasibles de abusos por parte del funcionario. Sin embargo, 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 o, dicho de otra manera, cometa u ordene actos arbitrarios en el ejercicio propio de sus funciones, pues de ello se abusa, lo contrario haría atípica la conducta (GARCÍA NAVARRO, 2007, p. 62).

2.3. Acto arbitrario

El acto arbitrario debe ser entendido como toda decisión personal que toma el funcionario público sustituyendo o reemplazando lo dispuesto en forma clara por la ley o reglamento que regula las funciones del cargo que desempeña aquel. En tal sentido, es lo que carece de legitimidad y derecho (ROJAS VARGAS, 2002, p. 143).

Si no se acredita la realización del acto arbitrario, el delito no se configura. En tal sentido se ha pronunciado la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 1996:

> El delito de abuso de autoridad requiere de un acto arbitrario y de un perjuicio para alguien; si no se acreditan dichos presupuestos cabe la absolución. En el presente caso al no haberse acreditado la arbitrariedad del acto de asignación en el número de horas académicas a la docente, procede absolver a la procesada. (Exp N.° 3436-96-Lambayeque (ROJJASI PELLA, 1997, p. 234)

Aquel también es el sentido de la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 20 de abril de 1998:

> Si bien a la directora de rentas y el ejecutor coactivo de la municipalidad se les atribuye haber trabado embargo sobre los bienes de una entidad pública (Instituto Peruano de Seguridad Social), que por Ley N.° 24786 son inembargables, debe considerarse que dicho comportamiento no fue doloso, debiendo igualmente precisar que un procedimiento administrativo o jurisdiccional conducido por funcionario público de manera regular y con las garantías de ley, que le asisten al involucrado y consecuentemente agraviado, no puede devenir en arbitrario. (Exp. N.° 7648-97, ROJAS VARGAS, 2005, p. 846)

2.4. Perjuicio a alguien

El tipo penal recoge como otro elemento objetivo la circunstancia que el acto abusivo esté dirigido a causar perjuicio a alguien. Este término genérico de «alguien» debe ser entendido en el sentido de que el perjudicado puede ser tanto una persona natural como una persona jurídica privada o pública. Es común en la doctrina peruana considerar que ese «alguien» jamás puede ser el mismo funcionario que realiza el acto abusivo (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 189; ROJAS VARGAS, 2002, p. 146). Asimismo, el perjuicio tiene que ser a un tercero y no al Estado. Si en determinado hecho se verifica que no hay tercero contra quien posiblemente se iba a causar agravio con el abuso de autoridad producido, y solo aparece el Estado como perjudicado, la conducta podrá ser calificada y subsumida en otra figura penal, pero de modo alguno en el delito de abuso de autoridad. El tipo penal exige un perjuicio a

alguien, con lo que se excluye al Estado. No compartimos la interpretación que realiza el profesor Caro Jhon (2010, p. 137) cuando, al referirse a los elementos objetivos del tipo penal 376 CP, enseña que uno de ellos es el «perjuicio, o consecuencia nefasta para el ciudadano o el mismo Estado a causa del acto abusivo arbitrario llevado a cabo por el funcionario público».

Se produce el «perjuicio» cuando se ocasiona o existe la seria posibilidad de causar lesión o menoscabo a los derechos de otra persona natural o jurídica. El perjuicio está empleado en su acepción genérica, por lo que puede ser de naturaleza económica, administrativa, de operatividad funcional, moral, política, civil, etc.

Este elemento es trascendente, toda vez que, si en un caso concreto se llega a determinar que en forma objetiva el hecho representa un acto abusivo, pero no causa ni hay posibilidad de que se llegue a causar perjuicio a tercero, el delito en hermenéutica jurídica simplemente no se configura.

Es más, a raíz del cambio del Proyecto de Ley formulado por la Sala Plena de la Corte Suprema (de la Comisión de Justicia del Congreso, proyecto sustitutorio que al final dio origen a la polémica Ley N.° 29703 que reprodujo el texto del Código Penal), sostenemos que jurisprudencialmente debe imponerse que no se trata de cualquier perjuicio, sino que este debe ser de magnitud grave para evitar en lo sucesivo que casos insignificantes y nimios lleguen a la administración de justicia penal.

2.5. Agravante

El 10 de enero de 2004, por la Ley N.° 28165, el legislador incorporó el segundo párrafo del artículo 376. De esa forma, reguló una circunstancia que agrava la conducta de abuso de autoridad. Agravante que se mantiene con la modificación producida por la Ley N.° 29703. El delito de abuso de autoridad se agrava cuando los hechos abusivos en perjuicio de tercero derivan de un procedimiento de cobranza coactiva. Esto quiere decir que esta agravante está reservada para aquellos funcionarios

públicos encargados de cobranzas coactivas que, abusando de sus atribuciones normales, cometen u ordenan actos abusivos en perjuicio de terceros que nada tienen que ver en el procedimiento coactivo.

La jurisprudencia, en forma frecuente, se ha pronunciado sobre hechos de esta naturaleza. Así tenemos la ejecutoria suprema del 3 de junio de 2001:

> [S]e encuentra acreditado el delito de abuso de autoridad por cuanto 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 obligación con la citada comuna. (Exp. N.° 4562-Lima, ROJAS VARGAS, 2005, p. 173)

2.6. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico siempre es el correcto funcionamiento de la administración pública. En tanto que el objeto de tutela específico 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 encausar 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 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 132).

De esa forma, la Sala Penal de apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima, por ejecutoria superior del 12 de septiembre de 2000, en forma pedagógica, disgregando los aspectos que encierra el bien jurídico protegido, argumentó lo siguiente:

> Respecto al delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 CP, es menester efectuar las siguientes precisiones: a) tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el 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; 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. (Exp. N.° 1897-2000, ROJAS VARGAS, 2002, p. 730)

En igual sentido la misma Sala Penal por ejecutoria del 18 de marzo de 1998:

> El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizadas por estos para la comisión de los hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares. (Exp. N.° 137-98, ROJAS VARGAS, 1999, p. 503)

Es más, resumiendo, la ejecutoria suprema del 25 de abril de 2006 considera lo siguiente:

> el delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal e interés público, en el 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. (R. N. N.° 3150-2005-Cañete, Segunda Sala Penal Transitoria)

2.7. Sujeto activo

Es un delito especial. El sujeto activo o autor de los supuestos delictivos sancionados en el artículo 376 CP lo constituye solo aquella persona que tiene la calidad o cualidad social de funcionario público, nadie más que tales personas pueden ser agentes del delito en hermenéutica jurídica. Es más, de la lectura del tipo penal, se concluye que

solo se constituyen en agentes los funcionarios públicos, siempre y cuando se encuentren en el normal desempeño de sus funciones o atribuciones asignadas (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 183; ROJAS VARGAS, 2002, p. 132). Si el funcionario comete un acto abusivo fuera del ejercicio de sus funciones o atribuciones, el presente delito no se configura.

El derecho vivo y actuante por medio de la ejecutoria suprema del 17 de septiembre de 1998 (Exp. N.° 335-98-Callao, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Trujillo, N.° 3, 1999, p. 378) se ha pronunciado y afirma que «los presupuestos legales que exige el tipo penal descrito por el numeral 376 CP, requieren que el sujeto activo no solo sea funcionario público, sino que se encuentre investido de autoridad y ejerza funciones públicas». En igual sentido, la ejecutoria suprema del 11 de julio de 1988 (Exp. N.° 372-87-Cajamarca, RETAMOZO y PONCE, 1994, p. 345): «La conducta típica de abuso de autoridad será reprimida atendiendo a la calidad del sujeto activo: funcionario público, siempre y cuando el acto arbitrario no tenga clasificación en la ley penal».

En caso contrario, también ha fundamentado la Corte Suprema:

> del análisis de lo actuado se tiene que el acusado, efectivo policial, el día de los hechos se encontraba en servicio de disponible, lo que en el servicio rural se considera como franco, conforme es de verse de la certificación policial obrante en autos, por lo que no encontrándose en el ejercicio de sus funciones no pudo hacer abuso de ellas.

Los servidores públicos están excluidos como agentes del delito de abuso de autoridad. Incluso el carácter genérico y subsidiario del delito permite excluir como posibles autores a quienes cuentan con una mención especial o, mejor, no ingresan a este título de imputación los autores de abuso de atribuciones previstos ya como delitos independientes en la ley penal (GARCÍA NAVARRO, 2007, p. 58).

Ya hemos expresado en la parte introductoria que para el sistema jurídico peruano es funcionario público aquella persona que trabaja al interior de la administración pública con poder de mando, o mejor, con poder de autoridad. En cambio, los servidores públicos son aquellos que trabajan bajo las órdenes de los funcionarios y no tienen poder de mando ni autoridad para ordenar a otros.

2.8. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo o agraviado siempre es el Estado, único titular del bien jurídico protegido como es el correcto funcionamiento de la administración pública. No obstante, tal como aparece construida la fórmula legislativa, es coherente afirmar que también se constituye en sujeto pasivo la persona particular o jurídica afectada directamente con el acto arbitrario y abusivo del sujeto activo del delito (Rojas Vargas, 2002, p. 134).

García Navarro (2007, p. 59) también es del parecer que cabe rescatar la condición de agraviados en los particulares que resulten perjudicados por el acto arbitrario contra sus derechos individuales; sin embargo, de forma dubitativa considera que no es recomendable brindarle la calidad de sujeto pasivo directo, como algunos pretenden justificar, ya que no son titulares del bien jurídico primario, lo contrario generaría confusiones conceptuales entre sujeto pasivo y víctima.

En la jurisprudencia, aún no hay una posición definida al respecto, pues mientras que en la ejecutoria suprema del 24 de septiembre de 1996 (Exp. N.° 895-96-Huánuco, Rojas Vargas, 2002, p. 227) se sostiene que «el Estado es el sujeto pasivo y no una persona particular como erróneamente se ha consignado en la resolución material de grado, que siendo esto así es del caso absolver al procesado». En la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2001 (Exp. N.° 1697-2001-Ancash, Salazar Sánchez, 2004, p. 106) 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».

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tal como aparece redactado el tipo penal artículo 376, se concluye que es un delito de comisión dolosa, por ende, es imposible la comisión culposa o negligente. Se requiere que el agente con conocimiento de que el acto que realiza u ordena, en el ejercicio de sus atribuciones, causará perjuicio a un tercero y voluntariamente conduce su comportamiento en abierta infracción a la ley o reglamento de que se trate.

Solo es posible la comisión por dolo directo (Abanto Vásquez, 2003, p. 190). Consideramos que no es posible su comisión por dolo eventual. Posición asumida por Rojas Vargas (2002, p. 147). García Navarro (2007, p. 147) enseña que no se exige necesariamente para todos los casos la ejecución del acto arbitrario con dolo directo, puesto que puede operar el dolo eventual. Para sostener su afirmación, el citado autor señala que cuando el funcionario ejecuta un acto funcionarial sin tomar en cuenta la reglamentación de sus facultades, no obstante tener el deber de informarse, no está actuando negligentemente, pues existe una posibilidad seria de arbitrariedad y de su deliberación se desprende su conformación al resultado a ocasionar.

Sin embargo, por nuestra parte, insistiendo en que 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. Se infiere que 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.

Esta es la línea interpretativa que sigue el profesor Caro Jhon (2010, p. 137) cuando argumenta que «el delito de abuso de autoridad es doloso, es decir, se concreta la imputación subjetiva cuando al funcionario público le es manifiesto que realiza un acto arbitrario extralimitándose en sus deberes y competencias establecidas por la ley».

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad de los supuestos delictivos que regula el artículo 376 CP, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Ahora bien, es posible, por ejemplo, que concurra la causa de justificación denominada «obediencia debida», cuando el funcionario

aplica, tal como su función obliga, leyes u órdenes, pese a que estas eran ilegales (Creus, citado por ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 193).

La Corte Suprema en la ejecutoria del 25 de junio de 1997 argumentó:

> Si el agraviado solicitó licencia sin goce de haber por un mes, no cabe considerar como acto ilícito la retención de su cheque de remuneraciones correspondiente a dicho período; en consecuencia, la conducta realizada por el procesado no configura delito de abuso de autoridad al encontrarse amparada en la justificante 10 del artículo 20 del Código Penal. (Exp. N.° 572-97-Ancash, PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 136)

De igual modo, puede alegarse una causa de justificación por obrar por disposición de la ley. Así, la ejecutoria suprema del 5 de diciembre de 1995:

> 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 matadores 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 permite 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 desempeña como director de rentas. (Exp. N.° 3556-95-Arequipa, GÓMEZ MENDOZA, 1999, p. 353)

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 376 CP no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, que era mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de abuso de autoridad, conocía la antijuridicidad de esta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria al derecho. Aquí fácilmente puede presentarse la figura de error de prohibición. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando un comisario dispone la detención de un ciudadano que ha sido conducido a la comisaría, en la creencia errónea que fue intervenido en estado de flagrancia.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de ordenar o cometer el acto arbitrario en perjuicio de tercero.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La consumación depende de la modalidad delictiva ejecutada. Con la conducta de ordenar la consumación se verifica con su emisión oficial y legal. No se requiere que llegue a conocimiento de su destinatario, menos su cumplimiento o generación perjudicial; es suficiente con constatar la idoneidad efectiva contra los derechos particulares. Aquí no es posible la tentativa (ROJAS VARGAS, 2002, p. 149; GARCÍA NAVARRO, 2007, p. 155).

La otra modalidad de cometer acto de función como arbitrario se consuma con la generación de perjuicio, afectando el derecho ajeno. La ejecución de un acto de función constituye el indicio del delito y su terminación se refleja al verse lesionados los intereses de las personas vinculadas a la materia de la función pública específica, aunque no tengan conocimiento de ella (GARCÍA NAVARRO, 2007, p. 157). Aquí sí es posible la tentativa.

7. PENALIDAD

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 tres años.

Cuando los hechos deriven de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

§ 2

ABUSO DE AUTORIDAD CONDICIONANDO ILEGALMENTE LA ENTREGA DE BIENES Y SERVICIOS

1. TIPO PENAL

Los supuestos delictivos sancionados en el artículo 376-A, antes de octubre de 2004, se encontraban regulados en el artículo 394-A. No obstante, por el artículo 2 de la Ley N.° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de octubre de 2004, se reubicó y se modificó su contenido. Esta reubicación sin duda se produjo por la aguda crítica de la doctrina.

Rojas Vargas (2002) asevera que llama la atención lo siguiente:

> El legislador nacional haya conceptualizado una fórmula de presión o sometimiento de la voluntad de los destinatarios de los bienes o servicios sociales como modalidad de cohecho, si tenía la opción más coherente, sistemática y correcta de construir un tipo penal agravado de abuso específico de autoridad. No justifica este ostensible defecto de formación dogmática y de pobreza técnico-legislativa, el argumento de las urgencias por criminalizar una conducta muy reiterada en el país por parte de los funcionarios cortesanos de los gobiernos de turno ni la necesidad político-criminal de dar respuesta a un clamor social ante supuestos desde todo punto de vista execrables si toman en cuenta que se trata de funcionarios o servidores públicos que

constitucional y funcionalmente se deben a la Nación y no a intereses personales o de terceros. (p. 492)

Por los propios términos de la redacción del tipo penal 394-A y ahora 376-A, en forma rápida caemos en la cuenta de que las conductas delictivas que aquí se regulan nada tienen que ver con los hechos punibles de cohecho. Su inclusión en tal capítulo solo tiene su explicación en la ligereza y pobreza técnico-legislativa del legislador nacional. Su afán insaciable de querer resolver todos los problemas que se presentan en la sociedad, recurriendo al derecho penal, le lleva a legislar de forma incoherente, asistemática y sin mayor técnica legislativa.

Sin embargo, la razón que muy pocas veces prevalece en el actuar incoherente de nuestro legislador se ha impuesto. De ese modo, por el artículo 2 de la Ley N.° 28355, en vigencia desde el 6 de octubre de 2004, se ha reubicado el hecho punible que denominamos «abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios». La citada ley, modificando el Código Penal, incorporó el tipo penal 376-A con el contenido siguiente:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, con la evidente finalidad de conseguir una ventaja de carácter político o electoral en favor propio o de tercero, condiciona a los beneficiarios la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social a cambio de que le

presten o le den el respaldo político o electoral que solicita. En otras palabras, el agente, cuando abusa del ejercicio de sus funciones que la administración pública le ha confiado, condiciona a los beneficiarios que distribuirá en su beneficio los bienes o les prestará los servicios de programas de apoyo o desarrollo social, si como contraprestación le apoyan política o electoralmente. En consecuencia, para el tipo penal no basta que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, sino que haga uso abusivo de tal condición para «condicionar» a otros (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 487).

Se entiende que de esa forma el agente unilateralmente asusta o intimida a los beneficiarios, quienes, por verse favorecidos con la ayuda social, ofrecen su respaldo político o electoral al sujeto activo del delito. El uso del verbo «condicionar» supone una suerte de presión psicológica sobre la voluntad de los destinatarios a efectos de conducirlos a destinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo. Entonces, condicionar implica colocar exigencias o requerimientos —no contemplados en la ley o el reglamento— al destinatario en la ejecución de un programa social (ROJAS VARGAS, 2002, p. 495).

Otro elemento importante a considerar es el hecho de que el agente debe valerse de su condición de funcionario o servidor público encargado directo o indirecto de la administración y, por ende, de distribución de los bienes o servicios de los programas de apoyo social. El agente que conoce su calidad de funcionario o servidor público y del poder que da el cargo o empleo hace 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 será más eficaz según el rango o jerarquía de dicho sujeto público. Es obvio que estamos ante una extralimitación, un desbordamiento en la conducta del sujeto activo que explica el prevalimiento, el aprovechamiento realizado (ROJAS VARGAS, 2002, p. 495).

Otro elemento adicional a la tipicidad objetiva lo constituye el hecho de que siempre el agente —funcionario o servidor público— debe tener en su administración o custodia directa o indirecta los bienes o servicios objeto del delito, caso contrario, si no se verifica que el

agente haya tenido en su custodia o administración directa o indirecta los bienes o servicios a distribuir, será imposible que se verifique la conducta en hermenéutica jurídica. Ello es así debido a que, si el agente no tiene la custodia o administración de los bienes (por ejemplo, pese a que pretenda condicionar la supuesta entrega de bienes de programas sociales, al no obtener respuesta positiva de los beneficiarios), no podrá causarles perjuicio ni siquiera habrá la posibilidad de que se ponga en peligro la ayuda programada.

Finalmente, define la tipicidad objetiva del delito en análisis, la motivación o el *Leit Motiv* de obtener una ventaja política o electoral de cualquier naturaleza a favor propio (se entiende del agente de la acción de condicionar) o de tercero (que puede ser un particular u otro funcionario o servidor público). Aquí el ilícito penal se configura cuando el agente realiza la acción movido o motivado por dos finalidades específicas: obtener una ventaja política o electoral. Si el agente condiciona su accionar a cambio de obtener o conseguir otro tipo de ventajas, el delito no se configura.

Por ventaja política se entiende a toda posición de predominio o privilegio conseguido de acuerdo con las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas como aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar. En cambio, las ventajas electorales están en forma directa vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 496; Abanto Vásquez, 2003, p. 487).

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico siempre es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En tanto que el objeto de tutela específico es el asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, orientándolos con exclusividad a la obediencia de la ley y el derecho. El agente público no puede utilizar el cargo que la administración le confía con la finalidad de obtener ventajas personales o para terceros.

En la norma penal se encuentra el enunciado normativo que obliga al funcionario o servidor público a encausar o encaminar 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.

2.2. Sujeto activo

Del contenido el tipo penal 376-A CP, se concluye que estamos ante un delito especialísimo en el cual aparte que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige, además, que aquel cuente con una relación funcional ineludible (administración o custodia directa o indirecta) con los bienes o servicios de los programas de apoyo social.

En consecuencia, solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desempeña al interior de la administración pública, como custodio o administrador (directo o indirecto) de los bienes o servicios objeto del delito, los tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia. De ese modo, Abanto Vásquez (2003, p. 485) enseña que el sujeto activo es el funcionario o servidor público, cuya función se circunscribe a «programas públicos de apoyo o desarrollo social».

No es suficiente para la configuración del delito que el sujeto activo tenga la simple condición de funcionario o servidor público como pretende señalar Rojas Vargas (2002, p. 394). La fórmula legislativa exige el adicional, que se traduce en una relación funcional entre el agente público y el objeto del delito.

2.3. Sujeto pasivo

Solo el Estado se constituye en el único titular del bien jurídico protegido con el delito en hermenéutica jurídica.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del tipo penal 376-A, se concluye que es un delito de comisión dolosa, y es imposible la comisión culposa o negligente. Se requiere que el agente con conocimiento de que el acto de condicionar que realiza, en el ejercicio de sus atribuciones con los programas de apoyo social, se encuentra fuera del marco legal, voluntariamente conduce su comportamiento con la motivación de conseguir alguna ventaja política o electoral en abierta infracción a la ley o reglamentos.

Solo es posible la comisión por dolo directo, esto es, es imposible su comisión por dolo eventual. El agente, además de conocer los componentes de tipicidad objetiva del tipo, debe dirigir su voluntad a la prosecución de las finalidades u objetivos contemplados en la norma penal. No basta que el agente obre con dolo eventual: las frases «valiéndose de su condición de funcionario o servidor público», «condiciona la distribución» y «con la finalidad de obtener» son elocuentes para confirmar la presencia de dolo directo en la estructura de la tipicidad global del tipo penal (ROJAS VARGAS, 2002, p. 497; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 488).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito en hermenéutica jurídica es uno de mera actividad, es decir, no requiere que el agente realice realmente la acción que pretende efectuar ni menos se exige que realmente se ocasione el perjuicio que su acción originaría. Es suficiente determinar los actos de «condicionar» del actuar del agente (siempre funcionario o servidor público), respecto a la distribución de bienes o la prestación de servicios de programas de apoyo o desarrollo social con el objetivo de conseguir alguna venta política o electoral. El condicionamiento puede admitir diversas modalidades: negativa a cumplir con la ejecución del programa social, pactos de adherencia, concurrencia a mítines, firmas de adherentes, memoriales de desagravio, etc.

La simple verificación de la conducta de «condicionar» la consumación se comprueba automáticamente. No se requiere que llegue a conocimiento de sus destinatarios; menos su cumplimiento, o genere

perjuicio. En concreto, es suficiente con constatar el condicionamiento con realizar, por ejemplo, la distribución de bienes de un programa social a cambio de conseguir un respaldo político o electoral para sí o para un tercero. Aquí no es posible la tentativa (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 488). En cambio, Rojas Vargas (2002), admitiendo la tentativa, sostiene que «la posibilidad de tentativa es remota» (p. 497).

5. PENALIDAD

El funcionario o servidor público encontrado responsable penalmente por este delito será objeto de sanción penal 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 CP.

§ 3

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES

1. TIPO PENAL

Los supuestos delictivos de omitir, rehusar o retardar ilegalmente un acto del cargo de funcionario público se recoge en el artículo 377 CP, tipo penal que ha sido modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N.° 30364 del 23 de noviembre de 2015. Desde ahí tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.**
>
> **Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

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 se relaciona con

los tres verbos rectores que recoge el contenido del tipo penal: omitir, rehusar y retardar.

La Corte Suprema por ejecutoria del 14 de enero de 2000 ha señalado en forma sencilla y didáctica lo siguiente:

> [E]en cuanto al delito de omisión o retardo de acto debido, al artículo 377 del Código Penal señala que el funcionario público, ilegalmente, omita, rehúse o retarde algún acto de su cargo; omitir significa no hacer lo que se debe y pueda hacer en un determinado tiempo o momento, rehusar cuando el funcionario rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que se le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función. (Exp. N.° 5201-99-Loreto, *Normas Legales*, T. 288, 2000, p. 74).

2.1. Modalidades delictivas

Ya hemos adelantado que el tipo penal 377 recoge tres modalidades o supuestos delictivos:

2.1.1. Omitir algún acto de su cargo

El comportamiento delictivo 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.

Omitir es dejar de hacer el acto al que está obligado por ley el funcionario, o hacerlo dolosamente en forma no debida. Por su parte, el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 195) señala que omitir es un «no hacer», no llevar a cabo actos funcionales que el funcionario estaba obligado a hacer según sus propias funciones fijadas en las normas legales.

No se requiere que previamente exista interpelación o requerimiento, puesto que está en el marco de sus deberes cumplir con los actos funcionales que omite ilegalmente.

La omisión de los actos funcionales se refiere a los actos que sean el contenido de la función que desempeña el funcionario y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos (faltar a la oficina, llegar tarde, salir antes del horario de salida, etc.), pues estos últimos solo constituyen simples infracciones administrativas que, si son detectados, serán objeto de sanción administrativa, luego del debido proceso disciplinario.

2.1.2. Rehusar algún acto de su cargo

El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario público, pese al requerimiento efectuado, rehúsa, rehúye, 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.

El rehusar supone previamente que alguien, sea otro funcionario, el superior jerárquico, el particular u autoridad competente para ello requiera del sujeto activo, con las formalidades del caso, la realización de un acto debido y que este rechace, niegue o no acepte realizar el acto funcional (Rojas Vargas, 2002, p. 275). El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa (negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar archivar el requerimiento, no admitir el recurso, etc.) (Abanto Vásquez, 2003, p. 195; Rojas Vargas, 2002, p. 277).

Si no hay requerimiento, el delito no se configura. Así se ha pronunciado la ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002:

> «no se dan los elementos típicos que acrediten la existencia del delito de incumplimiento de deberes funcionales toda vez que de autos se aprecia que no existe documento alguno que nos indique que el procesado hubiere sido requerido por autoridad competente de la entrega de los libros contables y que se haya negado a realizar un acto propio de su cargo, pues si bien existe carta notarial, esta estaba dirigida al alcalde y no al acusado. (Exp. N.° 3071-2001-Puno, Salazar Sánchez, 2004, p. 108)

2.1.3. Retardar algún acto de su cargo

Este supuesto delictivo 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.

El retardo del acto debido presupone que el agente pospone, aplaza o atrasa ilegalmente el cumplimiento del acto más allá de los términos legalmente fijados (ROJAS VARGAS, 2002, p. 278). O, como afirma Abanto Vásquez (2003, p. 195), siguiendo a Fontán Palestra, retardar es un no hacer el acto en la oportunidad fijada por la ley.

En estos términos se ha pronunciado la jurisprudencia nacional. Así tenemos que en la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte de Lima, de 22 de septiembre de 1998, que «se entiende por retardar el diferir la ejecución de un acto de cargo público, de manera que cuando se realiza viene a resultar inoportuno; siendo un delito doloso en el que no cabe la tentativa» (Exp. N.° 2357-98, BACA et al., 1999, p. 514).

En la ejecutoria superior del 12 de mayo de 1998, la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte de Lima se argumenta que «retardar significa diferir, detener, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo, pero sin desistir» (Exp. N.° 2730-98, ROJAS VARGAS, 2005, p. 854).

Los comportamientos ilícitos de omitir, rehusar o retardar el cumplimiento de un acto funcional deben ser ilegales, es decir, no deben estar refrendados o cubiertos por alguna ley, reglamento o causa de justificación. Rojas Vargas (2002, p. 164; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 196) con sobriedad argumenta que con el término «ilegalmente» se ha querido enfatizar la gravedad del comportamiento del agente, quien orienta dolosamente su conducta en inobservancia de lo ordenado por la ley en el desempeño de sus actos funcionales, para así también diferenciarlo de aquellos comportamientos que resulten por culpa del funcionario público.

La Suprema Corte con mucha razón ha señalado que, si no se constata la ilegalidad en los hechos juzgados, el delito no se configura. Al respecto, en la ejecutoria suprema del 6 de octubre de 1997, se argumenta que «del análisis de lo actuado se colige que no se ha acreditado la comisión del hecho delictuoso, toda vez que si bien el encausado omitió ordenar se practique la necropsia correspondiente; sin embargo, no concurre un elemento esencial constitutivo del delito en referencia, es decir, que el acusado haya actuado ilegalmente al incurrir en dicha omisión» (Exp. N.° 4464-96-Arequipa, ROJAS VARGAS, 2005, p. 395).

2.2. Agravantes

Como ya se ha mencionado *up supra*, el tipo penal 377 CP ha sido modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N.° 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015. La modificación consistió en agregar en un párrafo el supuesto agravado del delito que nosotros le denominamos «incumplimiento de deberes».

En efecto, allí se ha previsto que la conducta de incumplimiento de deberes es más reprochable penalmente y, por lo tanto, es merecedora de mayor sanción punitiva cuando el agente dolosamente omite, rehúsa o demora sin justificación razonable alguna realizar actos funcionales referidos a solicitud de garantías personales o casos de violencia familiar. Se presentará el primer supuesto cuando ante una solicitud de garantías personales el agente, —en este caso, el funcionario público— se rehúsa dolosamente a recibir la solicitud por la cual se solicitan garantías personales o, en su caso, las recibe, no obstante, se demora en realizar los actos funcionales pertinentes para extender y mejor, brindar las garantías personales que le solicitan. En tanto que se consumará la agravante del segundo supuesto cuando el agente, siempre funcionario público, en forma dolosa se rehúsa a asentar la denuncia por violencia familiar que presenta un cónyuge en contra del otro. O también se perfecciona la agravante cuando el sujeto público, si bien recibe la denuncia, en lugar de hacer lo que corresponde, esto es, realizar los actos policiales necesarios para evitar prosiga la violencia familiar, omite o demora realizarlos.

Aquí debemos precisar que para la configuración de los supuestos agravantes no será necesario que la víctima acredite que, a consecuencia de la demora, rehusamiento u omisión de actos funcionales se le ocasionaron daños físicos o psicológicos. Son conductas más reprochables penalmente de peligro, las cuales se perfeccionan con el solo demorar, omitir o rehusar en forma dolosa el acto funcional que está dentro de su competencia realizarlo.

2.3. Bien jurídico protegido

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 que representan al Estado.

2.4. 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. Si estos o un extraño a la administración participa o colabora con el funcionario en la comisión del hecho punible, serán sancionados como cómplices del delito.

Sin duda, para que el funcionario público pueda responder penalmente por el delito en hermenéutica jurídica y sus agravantes, es necesario que esté en pleno ejercicio de sus funciones públicas y, lo más importante, se encuentre dentro de su competencia funcional realizar los actos funcionales que se le exige. Por ejemplo, no aparece la conducta delictiva, y menos alguna de las agravantes incorporadas por la Ley N.° 30364, cuando el agente después de que recibe la denuncia por violencia familiar le notifican que lo han dado de baja por inconducta funcional. Si eso ocurre, ya no estará bajo su competencia realizar el acto funcional que le solicitan. Será otro funcionario, el que le reemplaza, el que podrá responder penalmente si se dan los supuestos de demora, rehusamiento u omisión del acto funcional que se le solicita.

Tiene razón Rojas Vargas (2002, 163) cuando alega que el funcionario público debe haber asumido formal y materialmente sus funciones y estar integrado a la estructura de la administración pública. Al cesar la calidad pública, finaliza también su calidad de sujeto activo del delito.

2.5. 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 lo tanto, participar del proceso penal como tal.

En ese mismo sentido, el profesor Rojas Vargas (2002, p. 164) enseña que el particular, no obstante, puede resultar agraviado, no es sujeto pasivo del delito y solo debe limitarse a solicitar una reparación civil al funcionario.

3. 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 de 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 serán posible su comisión por dolo directo. Igual ocurre con los supuestos que agravan la conducta del sujeto público. Posición parecida expone el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 198).

Las circunstancias donde el tipo penal no exija alguna finalidad especial que pretenda conseguir el agente con su actuar de ninguna manera pueden servir para sostener que las modalidades requieren dolo eventual, como argumenta Rojas Vargas (2002, p. 168). 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 como

«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, tanto en hermenéutica jurídica como en las agravantes, el tipo penal no exige la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo, solo es necesario la concurrencia de los elementos del dolo directo.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

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. Igual ocurre cuando se verifica las agravantes incorporadas y previstas por la Ley N.° 30364. Es común en la doctrina considerar que no es posible la tentativa (Rojas Vargas, 2002, p. 279). También Creus, citado por Abanto Vásquez (2003, p. 199).

5. PENALIDAD

El funcionario público encontrado responsable penalmente, luego del debido proceso penal, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

En tanto que, si el objeto de acusación es el delito de incumplimiento de deberes en sus modalidades agravadas, el acusado, siempre sujeto público, será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

§ 4

OMISIÓN DE AUXILIO POLICIAL

1. TIPO PENAL

El delito sancionado en el artículo 378, del que iniciamos su interpretación hermenéutica, tiene su antecedente legislativo más cercano y concreto en el artículo 341 del código derogado. Sin embargo, el original tipo penal ha sido modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N.° 30364 del 23 de noviembre de 2015. Desde ahí tiene el siguiente contenido:

> 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 y con treinta a sesenta días multa.
>
> 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.
>
> La pena prevista en el segundo párrafo se impondrá, si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible, que en conjunto denominamos «omisión de auxilio policial», en su estructura básica se configura cuando el agente

o sujeto activo, que siempre será un integrante de la Policía Nacional del Perú, ya sea oficial o suboficial, pues la norma penal no hace distinción alguna, rehúsa, omite o retarda, sin causa que justifique en forma razonable su conducta, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente.

De ese modo, se tiene que este delito se perfecciona hasta por tres modalidades plenamente diferenciadas, que son necesarias explicar.

2.1. Omitir auxilio requerido

El comportamiento delictivo se configura cuando el agente, siempre integrante de la Policía del Perú, sin justificación aparente y razonable, omite, prescinde o desatiende la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente que normalmente está en la obligación de realizar al estar dentro de sus atribuciones.

2.2. Rehusarse a prestar auxilio requerido

El supuesto delictivo se configura cuando el sujeto activo, siempre policía oficial o suboficial, pese al requerimiento formal efectuado por la autoridad civil competente, sin justificación razonable y explicable para las circunstancias del caso, rehúsa, rehúye, esquiva, declina, desestima o niega prestar el auxilio requerido que está en el deber de hacerlo por estar dentro de sus atribuciones.

El rehusar supone previamente que alguien, la autoridad civil competente, requiera al sujeto activo, con las formalidades del caso, la prestación de un auxilio y que este sin justificación rechace, niegue o simplemente no quiere hacerlo. El acto de rehusar puede consistir en una negativa expresa o en la realización de actos que signifiquen negativa, como, por ejemplo, negarse a recibir el requerimiento escrito, romper el requerimiento, mandar archivar el requerimiento o encarpetar el requerimiento.

2.3. Retardar el auxilio requerido

En la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte de Lima, 12 de mayo de

1998 con toda propiedad se argumenta que «retardar significa diferir, detener, demorar, dilatar, actuar con lentitud, entorpecer, dejar para fecha posterior, suspender algo, pero sin desistir» (Exp. N.° 2730-98, Rojas Vargas, 2005, p. 854).

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente, siempre miembro de la Policía Nacional, sin explicación que lo justifique en forma razonable retarda, demora, retrasa, difiere, aplaza, dilata la prestación del auxilio que lo peticiona o requiere una autoridad civil competente.

Abanto Vásquez (2003, p. 203), siguiendo a Creus, enseña que retardar es prestar la ayuda, pero con demora, fuera del momento oportuno y cuando con ello el auxilio pierde idoneidad (*ex ante*) para cumplir con el acto administrativo de la autoridad civil que lo solicitó.

2.4. Sin causa de justificación y legalidad de requerimiento

Otros elementos objetivos de las conductas antes analizadas que en conjunto se denominan delito de omisión de auxilio policial, lo constituye el hecho que el agente debe actuar sin causa de justificación, así como el requerimiento efectuado por la autoridad civil debe ser legal. Veamos enseguida qué debemos entender por tales elementos:

El actuar sin causa de justificación significa que el agente omite, rehúsa o retarda prestar el auxilio requerido sin explicación razonable que justifique en forma plausible su conducta. En forma objetiva no existe razón o motivo que justifique la omisión del policía que, por su misma función que desempeña en el conglomerado social, está en la obligación de prestar auxilio o apoyo a la autoridad civil que le requiera. No necesariamente la causa de justificación puede ser de las especificadas en la ley penal, porque puede ser también de cualquier otra naturaleza (Abanto Vásquez, 2003, p. 206; Rojas Vargas, 2002, p. 291).

¿Cuándo, por ejemplo, habrá una explicación razonable para omitir el auxilio requerido? Hay casos excepcionales que justifican la omisión del auxilio requerido. En efecto, ocurrirá por ejemplo cuando el agente policía se rehusó a actuar debido a que de la ponderación y evaluación de las circunstancias del tiempo y lugar hacían imposible la

ejecución del auxilio requerido, o cuando el requerimiento de auxilio o el objetivo de este último importaba claramente la comisión de otro delito. En estos casos, el ilícito penal no se configura, toda vez que en tales situaciones es legítimo el derecho del policía a negarse a cumplir el requerimiento que le hace la autoridad civil (ROJAS VARGAS, 2002, p. 292).

La Corte Suprema en la ejecutoria del 13 de enero de 1998 se ha pronunciado en este sentido al sostener que «no se halla acreditado el delito si los efectivos policiales condujeron al agraviado, a quien le sobrevino un infarto durante la realización de la diligencia de lanzamiento, hasta un centro hospitalario, y después regresaron a la diligencia judicial» (Exp. N.° 4025-97-Lima-Cono Norte, Sala «B», ROJAS VARGAS, 2002, p. 640). En este caso, los efectivos policiales fueron denunciados y procesados por el delito en hermenéutica debido a que en plena ejecución de un lanzamiento no prestaron el auxilio requerido por el juez, al dedicarse en su lugar a trasladar al hospital al agraviado que había sufrido un infarto. A todas luces, el proceso no debió comenzar si en la investigación preliminar se verificó que realmente ello sucedió.

En tanto que «legalidad del requerimiento» significa que el requerimiento o petición de auxilio o apoyo que se le hace al policía debe ser efectuado por autoridad civil competente (fiscal, juez, alcalde, autoridad electoral, etc.), es decir, el requerimiento debe ser realizado como consecuencia del ejercicio de las funciones de aquella autoridad. Se descarta la comisión del delito si el requerimiento, por ejemplo, es efectuado por el superior jerárquico del policía que omitió. No interesa si el requerimiento es justo o injusto, solo interesa verificar si es legal o ilegal (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 203; ROJAS VARGAS, 2002, p. 293). Si se determina que el requerimiento fue ilegal, la omisión en que incurre el agente-policía no constituye el delito que nos ocupa. Nadie está obligado a efectuar hechos que considera ilegales.

La legalidad del requerimiento en concreto debe entenderse, en primer lugar, que sea una autoridad civil competente quien lo solicite; luego, que observe las formalidades del caso, si estas resultan exigibles (ROJAS VARGAS, 2002, p. 293). La formalidad del requerimiento puede revestir diversas variantes: puede ser escrita, debidamente rubricada y sellada, verbal, etc.

2.5. Agravante

La conducta de omitir, rehusar o retardar la prestación de auxilio se agrava cuando el pedido o requerimiento de auxilio viene de un ciudadano particular que se encuentra en situación de peligro. Es lugar común en la doctrina sostener que el tipo penal no exige un peligro inminente y gravísimo, simplemente se exige que el peligro en que se encuentra el particular que solicita al policía auxilio tenga las características de serio e idóneo para afectar bienes jurídicos de importancia (Abanto Vásquez, 2003, p. 207; Rojas Vargas, 2002, p. 295).

No le falta razón a Rojas Vargas (2002, p. 184) cuando argumenta que el tipo penal no lo dice en forma expresa; sin embargo, debe entenderse el peligro en función de bienes jurídicos valiosos del particular y que el policía, por su propia función, está obligado a cautelar la vida, la integridad física, la libertad de locomoción, la libertad sexual, etc.

En otro extremo, por la Ley N.° 30364 del 23 de noviembre de 2015, en su primera disposición complementaria y modificatoria, se ha incorporado dos agravantes más para el delito de omisión de auxilio policial. Allí se ha previsto que el agente policial será sancionado con la misma pena de la agravante antes analizada, si la prestación de auxilio requerido por autoridad civil competente está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar. También se ha previsto que la conducta de omisión de auxilio policial es más reprochable penalmente y, por lo tanto, merecedora de mayor sanción punitiva cuando el agente dolosamente omite, rehúsa o retarda, sin justificación razonable alguna, realizar actos funcionales referidos a solicitud de garantías personales o casos de violencia familiar, solicitados o requeridos por autoridad civil competente. Ahora bien, se presentará el primer supuesto cuando, ante una solicitud remitida por un juez, por ejemplo, de brindar garantías personales a una persona debidamente individualizada, el agente policial oficial o suboficial se rehúsa dolosamente a recibir la solicitud o, en su caso, la recibe, no obstante, en forma dolosa retarda en realizar dicho acto funcional. En tanto que se consumará la agravante del segundo supuesto cuando el agente, siempre efectivo de la Policía Nacional, en forma dolosa se re-

húsa a prestar el auxilio a alguna persona debidamente individualizada que sufre o viene sufriendo violencia familiar que le solicita legalmente un juez de familia.

Debemos precisar que, para la configuración de los supuestos agravantes, no será necesario que el titular de la acción penal acredite que, a consecuencia del retardo, rehusamiento u omisión de actos funcionales, se ocasionaron daños físicos o psicológicos. Son conductas más reprochables penalmente de peligro. Se perfeccionan con el solo retardar, omitir o rehusar en forma dolosa el acto funcional de auxilio policial, acto funcional que está dentro de su competencia realizarlo.

2.6. 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 de que sus policías se niegan a prestar auxilio a la autoridad o a un civil.

2.7. 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. Si el agente no reúne tal calidad, el delito no se configura. Así, tenemos que sujeto activo de los comportamientos delictivos en análisis solo será un policía, sin interesar el grado, el mismo que puede ser un oficial o un suboficial. Es suficiente acreditar que el agente es miembro en actividad de la Policía Nacional.

No es del todo cierto identificar a un policía con la calidad de funcionario público (Rojas Vargas, 2002, p. 288; Abanto Vásquez, 2003, p. 202). En efecto, si consideramos que cualquier efectivo de la Policía Nacional es funcionario público, esto origina que arbitrariamente muchos de los suboficiales estén procesados e incluso conde-

nados por el delito de abuso de autoridad previsto y sancionado en el artículo 376 CP, cuando lo real y concreto es que la mayoría de los suboficiales de la PNP tiene la condición de servidores públicos y, en consecuencia, no pueden ser autores del delito indicado, pues aquel delito está reservado para aquellos servidores del Estado que tienen la condición de funcionarios públicos

En la práctica y de acuerdo con el concepto que aquí se maneja de estas categorías, el miembro policial puede tener la calidad de funcionario público o de servidor público. En realidad, todos los miembros de la Policía Nacional que tienen la condición de oficiales son funcionarios públicos, pues tienen poder de mando o poder de planificar y ordenar acciones policiales en el lugar donde desempeñan sus labores funcionales. Hasta el alférez tiene poder de ordenar a un suboficial. En cambio, la regla general es que todos los suboficiales son servidores públicos, pues no tienen poder de mando ni planificación de acciones policiales, puesto que siempre están bajo las órdenes de un oficial. Pero como toda regla tiene excepciones, también en ciertas circunstancias algunos suboficiales adquieren la condición de funcionario público, es decir, adquieren el poder de mando o la posibilidad de mandar u ordenar. Esto sucede, por ejemplo, cuando son designados o nombrados comisarios. En nuestro país, es sabido que, en la mayoría de las comisarías de ciudades menores del interior, los comisarios son siempre suboficiales. Hay lugares a donde los oficiales de la Policía Nacional se resisten ir a trabajar, porque prefieren estar en las grandes ciudades a órdenes de otro oficial de mayor rango que asumir el cargo importante de comisario en un distrito de la serranía o selva de nuestra patria.

Independientemente de que sea funcionario o servidor público, basta con que tenga la condición de policía para que se constituya en autor del delito en hermenéutica.

2.8. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado.

Por su parte, tanto la autoridad que hizo el requerimiento, al que no hace caso el agente, como el particular en situación de peligro serán

los directamente perjudicados con el actuar de aquel (Rojas Vargas, 2002, p. 290). Estos últimos, al interior de un proceso penal, serán siempre testigos de excepción del titular de la acción penal.

3. 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 lo 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. Consideramos que no es factible su comisión por dolo eventual, como lo sostiene Creus, citado por Abanto Vásquez (2003, p. 206; Rojas Vargas, 2002, p. 183).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tal como está construida la fórmula legislativa del delito en hermenéutica jurídica, es común en la doctrina nacional considerar que los comportamientos delictivos son de mera actividad o emprendimiento, lo que 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 (Abanto Vásquez, 2003, p. 207; Rojas Vargas, 2002, p. 183). Aun cuando este último autor sin mayor explicación argumenta que la figura del rehusamiento admite la tentativa.

A efectos de perfeccionarse el hecho punible, no se necesita acreditar que con tal conducta se haya causado algún perjuicio real o efectivo 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. Es evidente que merecerá mayor sanción la conducta que logró causar un perjuicio efectivo que la conducta que no logró tal objetivo.

5. PENALIDAD

Luego del debido proceso penal, el imputado encontrado responsable será sancionado penalmente con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un ciudadano particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. Estos márgenes de pena también se aplicarán a los agentes policiales que han incurrido en el delito, si se verifican los supuestos siguientes: si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

§ 5

REQUERIMIENTO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

1. TIPO PENAL

El antecedente más inmediato del tipo penal 379 es el artículo 342 CP derogado. No obstante, en la actualidad tiene el siguiente contenido:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se advierte que el delito etiquetado como «requerimiento ilegal de la fuerza pública» se configura cuando el agente-funcionario público en actividad, ilegalmente y sin justificación aparente requiere, solicita, peticiona o exige la asistencia, auxilio o apoyo de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales emitidas por autoridad competente o para oponerse a la ejecución de sentencias o resoluciones judiciales. El sujeto activo debe estar en actividad o en pleno ejercicio de funciones, pues caso contrario, es evidente que la fuerza pública no tendrá obligación alguna para prestarle la asistencia requerida.

El objetivo del requerimiento es obtener el concurso de la fuerza pública para desarrollar actos obstruccionistas —de rechazo, oposición o resistencia— dirigidos a hacer ineficaces la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o la ejecución de sentencias o mandatos judiciales (ROJAS VARGAS, 2002, p. 191).

Por fuerza pública, se entiende a los organismos estatales que están al servicio de la sociedad civil y cuya función constitucional es de carácter coercitivo contra los ciudadanos de a pie para obligarlos a cumplir tal o cual actividad funcional. Comprende a la Policía Nacional, la policía fiscal o aduanera, el serenazgo, las rondas campesinas y las Fuerzas Armadas (Fuerza Aérea, Marina de Guerra y el Ejército). Muy bien el Ejército o personal de la Marina del Perú puede ser requerido por un funcionario, como, por ejemplo, por un ministro de Estado para oponerse a la ejecución de una sentencia judicial, como así también puede ocurrir con la Fuerza Aérea de nuestra patria.

No entendemos las razones que expone Rojas Vargas (2002, p. 191) al pretender subsumir a fuerza pública solo a la Policía Nacional. Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 211), si bien incluye en fuerza pública a otras entidades similares a la PNP, como la policía fiscal o aduanera, serenazgo y las rondas campesinas, sostiene que las Fuerzas Armadas no tienen en realidad vinculación con la sociedad civil en su relación con la administración pública.

La finalidad de la asistencia de la fuerza pública es oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales emanadas de autoridad competente. El término «disposición» es genérico y abarca a leyes, decretos, resoluciones legislativas, ordenanzas, etc., mientras que órdenes legales son mandatos específicos emitidos por autoridad que mandan hacer o no hacer algo. En cuanto a «ejecutar», significa realizar material y jurídicamente el contenido de las disposiciones, órdenes legales o sentencias emitidas por la autoridad competente. En igual sentido, Creus (citado por Rojas Vargas, 2002, p. 192)

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico protegido es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, en tanto que el interés particular que se busca proteger es el eficaz u ordenado desempeño de las instituciones públicas que ejercen funciones definidas como fuerza pública. En igual sentido, Creus (citado por Abanto Vásquez, 2003, p. 209).

2.2. Sujeto activo

Estamos ante un delito especial toda vez que sujeto activo solo puede ser una persona que tenga la calidad o cualidad de funcionario público en ejercicio de sus funciones. Nunca un servidor público. Solo aquel que tiene poder de mando dentro de la administración pública está en la posibilidad de ser autor del delito.

Así mismo, debe tratarse de un funcionario público que esté legitimado por ley o reglamento interno para requerir la fuerza pública. Si no está legitimado para hacer ese tipo de requerimientos, es indudable que las instituciones que representan la fuerza pública harán caso omiso al requerimiento y, por lo tanto, el bien jurídico no se pondrá ni levemente en peligro.

Por su parte, el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 209), siempre siguiendo a Creus que interpreta la legislación argentina, enseña que «debe tratarse de un funcionario público que no esté legitimado para requerir la fuerza pública [...]».

2.3. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico genérico como específico ya anotados.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del tipo penal se desprende que se trata de un delito de comisión dolosa; no cabe la comisión por culpa del agente. Es decir, el agente actúa con conocimiento que lo está haciendo de modo ilegal,

y además busca una finalidad específica, no obstante, voluntariamente actúa poniendo en peligro o lesionando el bien jurídico protegido.

Es frecuente en la doctrina nacional sostener que este delito solo es factible de ser perfeccionado o perpetrado por dolo directo. El dolo eventual es insuficiente (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 212; ROJAS VARGAS, 2002, p. 193).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Es un delito de mera actividad. Esto significa que para estar ante el estado de consumación del hecho punible en hermenéutica jurídica no es necesario que el agente cumpla el objetivo que busca con el desarrollo de su actuar ilícito. Solo es suficiente que el requerimiento formal e imperativo efectuado ilegalmente por el agente-funcionario público llegue a conocimiento de las entidades públicas que representan la fuerza pública. En caso de que la fuerza pública actúe y realice los actos obstruccionistas que busca el agente, estaremos ante un delito agotado.

En consecuencia, siendo un delito de mera actividad, no es posible que la conducta punible en análisis se quede en el grado de tentativa. En tal sentido, con sobrada razón Abanto Vásquez (2003, p. 212) señala que, si el requerimiento todavía no ha sido hecho o no se han cumplido las formalidades, solamente hay actos preparatorios impunes.

Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 194) menciona que la tentativa es posible en la medida en que la orden que contiene el requerimiento aún no es conocida plenamente por parte de la fuerza pública.

5. PENALIDAD

El agente-funcionario público encontrado responsable por el delito en comentario, luego del debido proceso penal, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de tres años.

§ 6

ABANDONO ILEGAL DEL CARGO

1. TIPO PENAL

De la lectura del Código Penal derogado, se concluye que en aquel no estaba tipificado el delito que ahora se etiqueta como «abandono ilegal de cargo», previsto en el artículo 380 CP. Recién en nuestra patria, con el Código Penal de 1991, se tipificó el hecho punible, cuyo contenido es el siguiente:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito se configura cuando el agente-funcionario o servidor público, sin haber cesado legalmente en el desempeño del cargo que venía ejerciendo, lo abandona y ocasiona con su actuar un daño al servicio público que la institución en la cual trabaja desarrolla al interior de la administración pública.

Así, podemos indicar que la fórmula legislativa se ha construido sobre la base de tres elementos objetivos importantes: abandono de cargo, no haber cesado legalmente y causar perjuicio o daño al servicio público.

2.1. Abandono de cargo

Este elemento objetivo del delito se produce cuando el agente de un momento a otro y sin justificación alguna deja, desasiste, desaparece, abdica o abandona el ejercicio del cargo (puesto, empleo, función) que normalmente venía desempeñando.

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 (Rojas Vargas, 2002, p. 199; Abanto Vásquez, 2003, p. 215). Se trata, en definitiva, de un acto unilateral por parte del agente de rompimiento total e injustificado del vínculo laboral con la administración pública.

Es común en la doctrina también considerar que el abandono en que incurre el agente para llegar a constituir el delito que nos ocupa tiene que ser definitivo en el sentido de que expresa intención de no seguir desempeñando el cargo público. El abandono parcial, transitorio o por algunos días constituye falta administrativa grave, pero de modo alguno puede alcanzar la naturaleza de hecho punible (Abanto Vásquez, 2003, p. 215; Rojas Vargas, 2002, p. 200).

2.2. No haber cesado legalmente

Este elemento significa que el agente abandona el cargo, puesto o empleo que venía desempeñando normalmente, pero 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 él 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, en absoluto puede haber abandono sin haber cesado legalmente.

Según Rojas Vargas (2002, p. 201), si formalmente no se acepta la renuncia, no podrá producir efectos de atipicidad el comportamiento del agente. De esa forma, si el agente presenta su renuncia y luego abandona el cargo, sin esperar la aceptación de esta, su comportamiento se subsume en el delito en hermenéutica jurídica debido a que aquel sigue siendo funcionario o, en su caso, servidor público. Por el contrario, una vez que es aceptada la renuncia, es irrelevante que el cargo o puesto no haya sido cubierto por otro funcionario o servidor público, la circunstancia del abandono deja de ser típica, es decir, no habrá delito. A lo sumo, se producirán infracciones administrativas si así lo establecen los respectivos reglamentos.

2.3. Causar daño al servicio

Otro elemento objetivo importante lo constituye la circunstancia que el abandono del cargo o empleo sin haber cesado legalmente tiene que ocasionar o producir un daño presente en el servicio público que desarrolla la institución pública donde trabaja el funcionario o servidor público. De la lectura del tipo penal, se concluye que el daño debe ser presente, real, material o que afecte la imagen de la institución, no futuro o de probable producción. La frase «con daño del servicio» del contenido del tipo penal sustenta nuestra interpretación. Si la conducta del agente no produce de forma inmediata un daño en el servicio, el delito en hermenéutica no se configura. El daño al servicio tiene que ser acreditado en el caso concreto. Si no hay daño al servicio, el comportamiento del agente se quedará en el nivel de una falta administrativa grave que, por lo general, trae como consecuencia la sanción de destitución o separación definitiva del cargo público.

Rojas Vargas (2002, p. 201) argumenta 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 regulación o 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. Así puede suceder, que el puesto sea cubierto inmediatamente por otro funcionario o servidor público, supuesto último que será ventilado en la instancia administrativa.

Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 216) tiene una interpretación diferente y, por lo tanto, no de recibo para la doctrina nacional, al enseñar que este elemento del tipo penal está calificando el verbo rector, exigiendo de este que constituya una conducta idónea para causar un perjuicio a la administración pública. Luego, si en algún caso pudo haberse producido el daño debido al abandono del servicio, pero esto no sucedió porque el puesto fue cubierto rápida y diligentemente por otro funcionario, el abandono del cargo ni quedará impune ni constituirá solamente una tentativa, sino que se tratará de un delito ya consumado.

2.4. Agravante

El segundo párrafo del tipo penal en análisis recoge una circunstancia que agrava la conducta del agente y, por lo tanto, merece mayor sanción punitiva.

Allí se tipifica que se agrava la conducta del agente (siempre funcionario o servidor público) cuando estimula, encausa, provoca o incita al abandono colectivo del trabajo en forma definitiva a otros funcionarios o servidores públicos y, con ello, se cause evidente perjuicio o daño al servicio de la institución pública donde trabajan aquellos.

En principio, en absoluto se relaciona esta figura delictiva con el derecho al paro o huelga que garantiza la Constitución Política del Estado a los empleados públicos, como pretenden entenderlo Rojas Vargas (2002, p. 209) y Abanto Vásquez (2003, p. 220), aun cuando después aclaran que efectivamente este delito no obstaculiza el derecho a la huelga que tienen los funcionarios o servidores públicos (Rojas Vargas, 2002, p. 210) o que no es típica la conducta incitadora dirigida hacia funcionarios que tienen derecho a la huelga (Abanto Vásquez, 2003, p. 221).

Si en un caso concreto se verifica que el funcionario o servidor público propició o incitó un paro o una huelga de otros funcionarios (se entiende aquellos que tienen derecho a la huelga) o servidores públicos —incluso así este paro o huelga en la realidad se haya producido—, la conducta de aquel de ninguna manera podrá ser subsumida en el segundo párrafo del artículo 380 CP. La razón es que su conducta no está dirigida a que los funcionarios o servidores públicos abandonen de modo definitivo sus empleos, lo único que buscan es presionar, a fin de que la administración les dé alguna ventaja más.

La agravante se perfecciona con el solo hecho de incitar o provocar el abandono definitivo del cargo, puesto o empleo de otros funcionarios o servidores públicos, independientemente de que se produzca o no el real abandono. En caso de verificarse el real abandono definitivo del cargo por parte de alguno de los funcionarios o servidores públicos incitados por el agente, estaremos ante la figura delictiva agotada.

En parecido sentido, Rojas Vargas (2002) señala que «no es necesario que el abandono de labores realmente se produzca para que se configure el delito» (p. 209). En tanto que Abanto Vásquez (2003, p. 222), siguiendo a los españoles Morales Prats y Rodríguez Puerta, que dicho sea de paso interpretan el Código Penal español, enseña de modo erróneo para nuestra legislación que es necesario que el real abandono mayoritario y generalizado se produzca para configurarse el delito en análisis.

La justificación de la agravante radica en el hecho que, de producirse el real abandono definitivo del cargo por parte de varios funcionarios o servidores públicos, el daño al servicio que presta la institución pública donde trabajan sería invalorable. Automáticamente la institución hasta dejaría de prestar el servicio público ocasionando, con ello, perjuicio a los usuarios.

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico que se pretende proteger es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. No obstante,

el bien jurídico específico lo constituye el cumplimiento regular de las funciones públicas que todo funcionario o servidor público tiene la obligación de desempeñar al interior de la administración pública.

2.6. Sujeto activo

Estamos ante un delito especial, pues solo pueden ser agentes o sujetos activos del comportamiento delictivo en hermenéutica jurídica aquellas personas que tienen la calidad o cualidad de funcionario o servidor público dentro de los parámetros establecidos en el artículo 425 CP, con el agregado de que estén en pleno ejercicio del cargo o empleo. Si en un caso concreto se determina que al momento de los hechos el agente no tenía alguna de las calidades especificadas en el tipo penal o en su caso, el agente público aún no desempeñaba el cargo, el delito de modo alguno se configura, pues, si aún no ejerce el cargo, no hay forma que se cause daño alguno al servicio público.

2.7. Sujeto pasivo

Siempre y solo es el Estado, como titular del bien jurídico protegido con la tipificación del hecho punible en análisis tanto el genérico como el específico. De modo alguno puede alegarse, como lo hace Rojas Vargas (2002, p. 199), que el sujeto pasivo es la administración pública, específicamente la entidad estatal que resulte perjudicada o amenazada con tales comportamientos.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del primer y segundo párrafo del tipo penal, se concluye que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente con conocimiento que abandona su empleo, cargo o trabajo sin haber cesado formalmente y a la vez conociendo que tal proceder causará un daño al servicio que presta la entidad pública donde trabaja, voluntariamente decide actuar y así lo hace.

En el supuesto agravado también el agente con conocimiento que, incitando al abandono colectivo y en forma definitiva del cargo, empleo

o trabajo, se causará un perjuicio al servicio que presta la institución pública, voluntariamente actúa.

Ambos comportamientos exigen la concurrencia del dolo directo. Tal forma de interpretar incluso limita la aplicación del amplio tipo penal a fin de evitar que comportamientos administrativos alcancen la magnitud de delito. El dolo eventual no es posible. Rojas Vargas (2002, p. 202), por su parte, confundiendo el dolo con elementos subjetivos adicionales al dolo, enseña que es suficiente que el agente actúe con dolo eventual.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito tipificado en el primer párrafo del artículo 380 CP se consuma o perfecciona en el momento en que el agente abandona el cargo sin haber cesado formalmente en este y, con ello, se produce un inmediato daño al servicio que presta la institución pública donde trabaja el agente. Se trata de un delito de resultado verificable.

Rojas Vargas (2002, p. 202) argumenta que el tipo penal ha incluido un resultado funcional que puede expresarse en perjuicios materiales, estancamiento o pérdida en la continuidad del servicio público (el daño al servicio). Este resultado deberá constatarse para perfeccionar típicamente la figura penal. Sin embargo, este autor confunde un elemento objetivo de tipicidad con condición objetiva de punibilidad. Aquí, el causar el daño, que es un elemento de tipicidad de modo alguno, es una condición objetiva de punibilidad. Simplemente si no se verifica el daño, la conducta de abandono ilegal del cargo no se subsume en el tipo penal.

Al ser un delito de resultado, es posible que la conducta se quede en el grado de tentativa. Ello se produce cuando la conducta del agente es descubierta o denunciada antes de que se produzca el real daño que exige el tipo penal. Abanto Vásquez (2003, p. 219) enseña que la tentativa no es posible, debido a que el delito se consuma con el abandono del servicio que sea idóneo para perjudicarlo.

En el caso del segundo párrafo que regula el comportamiento agravado, aquel se consuma o perfecciona con el solo hecho de provocar o

incitar el abandono injustificado y definitivo del cargo o empleo que vienen desempeñando otros funcionarios o servidores públicos. En consecuencia, estamos ante un delito que en doctrina se conoce como de «mera actividad o peligro». Aquí no se requiere que realmente se produzca el abandono que motiva al agente (Rojas Vargas, 2002, p. 210).

Al constituir un comportamiento delictivo de mera actividad, el supuesto agravado es imposible que se quede en el grado de tentativa. No obstante, Abanto Vásquez (2003, p. 223) no acepta que el delito sea de mera actividad o emprendimiento, y, por ello, argumenta que la tentativa debe ser posible cuando, pese a la idoneidad de la incitación, no se llega a la producción del abandono colectivo.

5. PENALIDAD

El funcionario o servidor público, agente del delito en análisis, luego de ser encontrado responsable penalmente en un debido proceso penal, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años en el caso del primer párrafo del artículo 380 CP.

En tanto que, si se imputa al sujeto activo el delito previsto y sancionado en el segundo párrafo del tipo penal en análisis, aquel será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de tres años.

§ 7

NOMBRAMIENTO O DESIGNACIÓN ILEGAL DE SUJETO PÚBLICO

1. TIPO PENAL

De la revisión del Código Penal derogado de 1924, se concluye que este delito no se encontraba tipificado en aquel texto normativo. De ahí que se afirme que su fuente legislativa es el artículo 253 CP de Argentina. No obstante, en el Código Penal actual se encuentra tipificado el artículo 381, texto original que ha sido objeto de modificación por artículo único de la Ley N.° 31676, publicado en el diario oficial *el peruano* el 27 de enero de 2023. Actualmente tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario público que nombra, designa, contrata o encarga a persona en quien no concurren los requisitos legales para un cargo público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa.**
>
> **El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales, será reprimido con las mismas penas.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Como siempre ocurre en nuestra patria, sorpresivamente el 27 de enero de 2023 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.°

31676, mediante la cual se modificó el contenido del artículo 381 CP. La modificación no tiene mayor estudio técnico y menos un debate entre los entendidos. En fin, allí está la modificación. Aquí solo nos corresponde hacer hermenéutica jurídica al respecto y tratar que su aplicación a los casos de la realidad vida y dura se realice de la manera más plausible, coherente y predecible. No debemos obviar que uno de los objetivos y quizá el más trascedente del derecho penal es lograr en la medida de lo posible una convivencia pacífica y soportable.

La primera impresión de la modificación de la fórmula legislativa trata sobre dos aspectos trascendentes. El primero es la incorporación de hasta cuatro verbos rectores de la conducta punible. Esto quiere decir que desde ahora se tipifica la conducta de aquel sujeto público que nombra o designa o contrata o encarga a una persona que no reúne los requisitos establecidos en la ley para desempeñar función pública. Antes se hacía referencia solo al verbo rector de «nombrar». En cuanto a las interpretaciones que se dio al tipo penal, fueron de todo tipo; por ejemplo, se alegaba que el verbo rector no englobaba los verbos de «designar» o «contratar», y menos el verbo de «encargar», etc.

Y segundo, se ha establecido que este delito, además de la sanción de días multa, merece pena privativa de libertad de dos a cuatro años. Antes, tal conducta, pese a que se afectaba el normal y recto funcionamiento de la administración pública, solo se sancionaba con la mínima sanción de días multa. Con la modificatoria, se viene a dar real alcance a la sanción que debe merecer aquel funcionario que por motivos diversos a los del buen y normal funcionamiento del Estado, nombra, contrata o designa a una persona para que trabaje para el Estado, sin que este reúna los requisitos mínimos legales para hacerlo.

Antes de la modificatoria, se argumentaba jurisprudencialmente lo siguiente:

> El artículo trescientos ochenta y uno del Código Penal consigna como conducta típica no la del funcionario público que 'nombra' sino la de aquel que 'hace un nombramiento' para cargo público sobre persona en quien no concurren los requisitos legales. En tal

> sentido, 'hacer un nombramiento' no describe un acto formal único, sino, que alude a un procedimiento que se desarrolla en etapas, el cual se inicia cuando el funcionario elige a una determinada persona para que desempeñe un cargo público en particular, estableciendo, entre otras, las condiciones y horarios de trabajo, así como las funciones que desempeñará, y que finalizará cuando este lo disponga, siendo, por lo demás, su contratación un mero acto formal de carácter administrativo a cargo de la entidad correspondiente. (Resolución Suprema de 4 de mayo de 2010, Recurso de Apelación, Exp. N.° 07-2007, Sala Penal Especial de la Corte Suprema).

En un importante sector de la administración pública, este es un procedimiento regular impuesto al parecer por el principio de la realidad de las cosas. En efecto, muchas personas comienzan a trabajar para la administración pública cuando así lo dispone o encarga, por ejemplo, el funcionario de la más alta jerarquía de la institución de que se trate y luego de un tiempo, se regulariza el nombramiento o contrato por el área de recursos humanos. De modo que el nombramiento o contrato es un acto meramente formal que regulariza el vínculo con la administración pública. Pero el simple hecho de designar o disponer su incorporación a la administración pública ahora es conducta punible. Esto sucede, claro está, cuando el propio desempeño de las funciones públicas exige alguna formalidad, como sucede cuando los congresistas de la República eligen y hacen nombrar a personas de su confianza como sus asesores al interior del Congreso. La persona favorecida con el acto de hacer nombrar o contratar de parte del funcionario público, debe reunir los requisitos previamente establecidos por la ley o reglamento. Si no los reúne y pese a ello, el funcionario lo hace nombrar o contratar o designa, perfeccionará el delito en hermenéutica jurídica.

Como ejemplo que grafica lo expresado, tenemos el caso judicial —propalado en forma amplia por los medios de comunicación— de la excongresista de la República Elsa Canchaya, en la sentencia suprema del 4 de mayo de 2010, que confirmó la sentencia de primera instancia que la condena por el delito en análisis:

> En el caso *sub judice*, esta acreditado que este procedimiento de nombramiento se inició con fecha tres de enero de dos mil diez cuando la acusada Canchaya Sánchez eligió a Jacqueline Mary ... para que se desempeñara como Asesor dos, conforme se advierte del Memorándum..., cursado por la citada encausada al director de Recursos Humanos del Congreso de la República, y finalizó el veinte de abril del mismo año cuando la propia inculpada comunicó mediante memorándum... dirigido también a la Dirección de Recursos Humanos, que en esa fecha Simón ... hizo entrega formal de toda la documentación y material asignado para el ejercicio de sus funciones, dando por aceptada su renuncia y precisando que no mantiene vínculo laboral con dicha persona. (Recurso de apelación, Exp. N.° 07-2007)

Asimismo, 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, contrata, designa o encarga un cargo, empleo o trabajo público a una persona que no cuenta con los requisitos que exige la ley o reglamento para desempeñar un cargo público. Por eso, en un caso concreto debe verificarse la concurrencia de hasta tres elementos objetivos importantes: hacer nombramiento o designación, contrato o encargo, cargo público y persona que no cuenta con los requisitos legales.

El funcionario público hace un nombramiento, contrata, o encarga cuando elige y designa para un cargo o empleo público a una persona debidamente individualizada. El nombramiento o contrato 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 (Rojas Vargas, 2002, p. 215).

El nombramiento, contrato o designación que se hace a una persona determinada es para el desempeño de un cargo, empleo o trabajo público. Precisamente, cargo o empleo público es aquel que ejercen o desempeñan los funcionarios o servidores públicos dentro de la administración pública. En tal sentido, el nombramiento o contrato puede ser tanto para cumplir funciones propias de funcionario como funciones propias de un servidor público. El tipo penal no hace distinción entre ambas categorías. Por ejemplo, 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.

No entendemos las razones que haya tenido Rojas Vargas (2002, p. 215) para argumentar que el nombramiento tiene que ser para cargo público (el ejercido por los funcionarios), lo que deja cancelada la posibilidad de nombramiento de servidores públicos como relevante de la figura penal en estudio. No debemos hacer distinciones en donde la ley no lo establece.

Es irrelevante determinar si el nombramiento o contrato es de carácter definitivo o provisional. En ambos supuestos, se exige que el nombramiento, contrato o designación para cargo público se realice sobre persona que reúne los requisitos legales exigidos por ley o reglamento. Posición diferente esgrime Abanto Vásquez (2003, p. 227), quien siguiendo la doctrina española argumenta que solo es aplicable el tipo penal a los casos más graves: los de nombramientos para el ejercicio de una función pública con carácter definitivo.

Otro elemento objetivo fundamental en la tipicidad del delito lo constituye el hecho de 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, contrato o designación ilegal nos

conduce a la normativa extrapenal, donde se prevén los requisitos legales que debe cumplir una persona para ser nombrada definitiva o provisionalmente en un cargo público. No le falta razón al profesor Rojas Vargas (2002, p. 216) 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 juez superior el postulante debe haber superado los 32 años de edad o para ser nombrado fiscal o juez supremo el postulante debe ser mayor de 45 años), no tener la nacionalidad peruana, etc.

Los requisitos pueden estar previstos en la constitución, leyes de desarrollo constitucional y 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 (Exp. N.° 269-97-Puno, Rojas Vargas, 2005, p. 646) 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».

2.1. 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, contrato o designación 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, por ende, 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 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 220).

Por ejemplo, comete delito aquel abogado que sabiendo que, no ha cumplido los 32 años que exige la ley orgánica del Poder Judicial de Perú, acepta el nombramiento provisional al cargo de juez 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. Igualmente, comete delito aquella persona que hizo campaña por el congresista ganador, cuando acepta el contrato de asesor jurídico sin tener el título de abogado, pues en realidad recién está terminando sus estudios en la Facultad de Derecho, etc.

2.2. Bien jurídico protegido

Por un lado, el bien jurídico genérico que el legislador pretende proteger con la tipificación de las conductas recogidas en el tipo penal 381 lo constituye el recto y normal desenvolvimiento de la administración pública. Por otro lado, el bien jurídico específico consiste en 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. De lo dicho, se afirma el prestigio de la administración, que debe hallarse al margen de cuestionamiento sobre la idoneidad y calidad de sus recursos humanos (ROJAS VARGAS, 2002, p. 214).

En suma, se pretende proteger el principio de legalidad en la incorporación de más peruanos como trabajadores del Estado. El ingreso tiene que ser legal. Si se propicia ingresos al sector público sin seguirse los requisitos establecidos previamente en la ley o reglamentos, se lesiona o quebranta, sin duda, el principio de legalidad.

2.3. 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.

Por otro lado, es lugar común en la doctrina peruana (ROJAS VARGAS, 2002, p. 214; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 225), argumentar que aparte de ser funcionario público el sujeto activo del delito en análisis debe tener la facultad o atribución al interior de la administración pública, de hacer designaciones o nombramientos o contratos. Si en un caso particular se llega a determinar que el funcionario que hizo el supuesto nombramiento o contrato ilegal no tenía competencia para ello, el delito en hermenéutica jurídica no se configura.

Aquí también podemos alegar que para ser autor de este delito no es suficiente con que el agente solo tenga la condición de funcionario público, sino que es necesario que aparte de ello tenga una relación funcional especial, esto es, tenga la capacidad funcional de hacer designaciones o nombramientos o contratar personal.

En el supuesto del segundo párrafo, estamos ante un delito común, pues cualquier persona mayor de 18 años puede ser sujeto activo, incluidos claro está los funcionarios o servidores públicos.

2.4. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado único titular del bien jurídico protegido con la tipificación del delito.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Del análisis del tipo penal 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 de que está haciendo un nombramiento o designación o encargando 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. De similar manera 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. Posición diferente asumen Abanto Vásquez (2003, p. 228) y Rojas Vargas (2002, pp. 216 y 221), quienes argumentan que es suficiente el dolo eventual.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito previsto en el primer párrafo del tipo penal en análisis se perfecciona o consume en el instante en que el agente-funcionario público realiza el nombramiento, designación o contrato 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 que está a punto de publicar en el diario oficial *El Peruano* o notificar oficialmente la resolución de nombramiento o designación es descubierto 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 (Rojas Vargas, 2002, p. 221).

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. Rojas Vargas (2002, p. 221) sostiene que al tratarse de un acto formal y de simple actividad no fragmentable no cabe admitir tentativa.

5. PENALIDAD

Luego de la modificación ocurrida al artículo 381 CP por la Ley N.° 31676 de enero de 2023, el funcionario público acusado del delito en análisis, de ser encontrado responsable luego del debido proceso penal, será sancionado será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

En el supuesto que al acusado se le atribuya el delito previsto y sancionado en el segundo párrafo del tipo penal 381, será reprimido con las mismas penas, es decir, con una pena de dos ni mayor de cuatro años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

§ 8

EL DELITO DE CONCUSIÓN

1. TIPO PENAL

De la revisión del contenido del Código Penal de 1924, derogado por el actual texto punitivo, verificamos que en aquel no estaba regulado el delito de concusión. De ahí que se alegue con propiedad que este delito no tiene antecedente en la legislación penal peruana anterior (ROJAS VARGAS, 2002, p. 240). La fuente que sirve de modelo es el Código Penal italiano de 1930. El contenido del tipo penal 382 CP fue modificado por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013; luego fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 del 22 de octubre de 2016, quedando la fórmula legislativa como sigue:

> **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 incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa».**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El contenido del tipo penal 382, teniendo como referencia los verbos rectores *obligar* e *inducir*, puede ser dividido hasta en dos conductas punibles claramente diferenciables.

Si en un hecho concreto no concurre alguno de los citados verbos rectores, el delito de concusión no se verifica. Así aparece establecido en la ejecutoria suprema del 10 de abril de 2006, cuando resuelve un caso real:

> El delito de Concusión se caracteriza por que el núcleo rector del comportamiento típico es «abusar del cargo» para obligar o inducir a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial; que en caso de autos los imputados Beningo... y Clemente... titulares de la administración del «Hostal Pacífico Copacabana» admiten haber entregado sumas de dinero a los encausados en distintos momentos para la tramitación de la licencia de funcionamiento de local, pero lo hicieron voluntariamente sin coacción alguna por lo que no se configura el delito de concusión al no existir como medio la imposición del pago con el abuso del cargo del funcionario. (R. N. N.° 2218-2005-Arequipa, URQUIZO OLAECHEA y otro, 2011, p. 705)

2.1. La modalidad por obligar

Se configura el delito de concusión en una primera modalidad, cuando el agente-funcionario o servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la administración pública, obliga a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. Este supuesto delictivo se materializa cuando el agente en ejercicio de sus funciones con conocimiento y voluntad impone, obliga, fuerza, coacciona, somete o constriñe la voluntad de su víctima con la finalidad que esta le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio indebido.

El verbo *obligar* empleado por el legislador en la fórmula legislativa es sinónimo de «constreñir». Su significado es compeler por la amenaza a otro para que haga o ejecute algo, sin llegar a una amenaza en el sentido del delito de extorsión, previsto y sancionado en el artículo 200 CP, pero solo por la amenaza, no por la violencia física,

como pretenden enseñar erróneamente (ROJAS VARGAS, 2002, p. 245). Siguiendo la doctrina italiana, según Abanto Vásquez (2003, p. 242), si el agente utiliza la violencia física sobre la víctima con la finalidad de obligarla a que le entregue, dé u otorgue una ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, simplemente su conducta será calificada como delito de extorsión previsto y sancionado en forma drástica por el artículo 200 CP.

La diferencia entre una y otra radica en que la intimidación del delito de concusión es aquella que implica el anuncio del sufrimiento de un perjuicio derivado de la propia administración pública (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, denunciarlo por evasión tributaria, ordenar su detención, etc.). No necesariamente el agente se aprovecha de situaciones de dificultad o irregularidades de índole diversa que a manera de aspectos vulnerables ofrece la víctima, como sostiene Rojas Vargas (2002, p. 246), pues en muchos casos, incluso así no haya irregularidades, el agente igual pretende sacar provecho con amenazas.

En cambio, en el delito de extorsión el agente amenaza a su víctima con un perjuicio común (daños a la propiedad, lesiones, muerte, privación de libertad, despido del trabajo, etc.). En la concusión no se requiere que la amenaza sea directa o un exigir descarado por parte del agente, basta con que se realice en términos que la víctima comprenda la intención del agente-funcionario o servidor público (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 242). Por su parte, Rojas Vargas (2002), confundiendo al parecer la «amenaza grave del delito de extorsión» con la «magnitud de amenaza del delito de concusión», asevera:

> La violencia psíquica ejercida por el agente tiene que ser suficiente, adecuado e inequívoca, es decir, tener capacidad causal para actuar real y efectivamente sobre la voluntad de la víctima, de forma tal que esta se vea compelida a dar o prometer dar el bien o beneficio patrimonial. (p. 246)

2.2. Modalidad por inducir

En esta segunda modalidad, se verifica el delito de concusión cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que ejerce al interior de la administración pública, induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. En otros términos, también se puede conceptualizar esta modalidad punible como aquel supuesto delictivo que se materializa cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, en pleno ejercicio de sus funciones públicas estimula, instiga, induce o provoca a su eventual víctima para que le dé o prometa dar en un futuro inmediato un bien o beneficio patrimonial indebido.

El medio que emplea el agente-funcionario o servidor público consiste en vencer la voluntad de la víctima mediante la persuasión, el convencimiento, la apariencia, así como el uso de estratagemas, falsedades, engaños o silencios que tengan la suficiente fuerza que determinen finalmente a la víctima que esta le dé o prometa dar el bien o un beneficio patrimonial. Rojas Vargas (2002, p. 247), citando a Antolisei, señala que el significado de la inducción es más amplio que el de constreñimiento, comprendiendo todo comportamiento no violento que tenga por resultado determinar al paciente a una conducta dada.

Es común en la doctrina nacional sostener que el delito de concusión en la modalidad de inducción puede ser perpetrado por omisión tal como ocurrirá cuando el agente-funcionario calla o guarda silencio ante una pregunta del administrado sobre el monto de la tasa que debe pagar, induciéndole de esa forma a pagar más de lo realmente debido (Abanto Vásquez, 2003, p. 244; Rojas Vargas, 2002, p. 247).

Como aparece indicado en la ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002:

> En el delito de concusión, previsto en el artículo 382 CP, para su configuración se requiere que el sujeto activo además de ejercer abusivamente los actos que son propios de una autoridad *le atribuya el carácter de oficial a dicha conducta.* (Exp. N.° 4050-2002-Cono Norte de Lima, Salazar Sánchez, 2004, p. 133)

No obstante, en ambas modalidades de comisión es indispensable verificar la concurrencia de los siguientes elementos objetivos que dan tipicidad al delito de concusión.

2.3. Abuso de cargo

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el agente-funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido, ya sea para él o para un tercero.

Hay abuso de 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, pero para conseguir un fin ilícito (Antolisei, citado por Rojas Vargas, 2002, p. 243). El tipo penal que recoge el delito de concusión sanciona al sujeto público que «aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un provecho patrimonial» (Ejecutoria suprema del 18 de septiembre de 2006, R. N. N.° 4470-2005-Loreto, Urquizo Olaechea y otro, 2011, p. 698).

El profesor Rojas Vargas (2002, p. 243), resumiendo la doctrina nacional, establece en forma contundente que 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 CP, que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender de manera clara que no es necesario ni imprescindible que el obligar o inducir se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del funcionario o servidor público para configurarse la concusión. Basta con que el agente utilice abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Y claro, se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la administración pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y, luego de ello, se produce el acto de obligar o inducir a la víctima que dé o prometa dar un bien o beneficio patrimonial, el delito de concusión es imposible que se configure.

Así lo entiende la Suprema Corte en la ejecutoria del 23 de marzo de 1998:

> 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». (Exp. N.° 6084-97-Lima, Sala B, ROJAS VARGAS, 2005, p. 410)

En el mismo sentido, Portocarrero Hidalgo (1996, p. 139). Posición diferente asume Abanto Vásquez (2003, p. 24), al enseñar que el concepto de «abuso del cargo» debe entenderse en el sentido de una conducta infractora de las normas que regulan las facultades y límites de la función específica del funcionario: abuso de cargo es abuso de funciones o atribuciones.

2.4. Dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial

Dar significa entregar, proporcionar o transferir indebidamente un bien o beneficio patrimonial al agente como consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios. Mientras que prometer significa obligarse a efectuar de manera indebida en un futuro inmediato la entrega o transferencia de un bien (muebles, inmuebles, semovientes, dinero, joyas, mercadería, etc.) o beneficio patrimonial (acciones, participación en empresas, descuentos en los precios, paquetes turísticos, etc.) en favor del agente a consecuencia de los actos de obligar o inducir arbitrarios. En el primer supuesto hay una entrega material inmediata a favor del agente o un tercero; en tanto que en el segundo supuesto solo existe una expectativa de una entrega futura. Lo dado o prometido indebidamente debe ser una cosa cierta, tangible, concreta y con valoración patrimonial (ROJAS VARGAS, 2002, p. 247; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 245), quedando de esa manera fuera del tipo penal en hermenéutica jurídica, por ejemplo, exigencias de beneficios sexuales o beneficios honoríficos. El dar o prometer un bien o beneficio patrimonial es indebido cuando no hay sustento legal para tal exigencia.

Si la prestación a la que se obliga o induce a la víctima es debida a la administración pública, el hecho será atípico de concusión si es que el bien ingresa finalmente a los fondos del ente público. En el caso de que el sujeto activo exija o induzca, haciendo valer su cargo, para cobrar una deuda personal, estará igualmente actuando indebidamente pero el hecho será abuso de autoridad y no concusión (ROJAS VARGAS, 2002, p. 248; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 248).

Sin más, como argumentaba Carrara citado por Rojas Vargas (2002, p. 249), el objeto del comportamiento delictivo del agente, es decir, la obtención ilegal de un bien o beneficio patrimonial, mediante el obligar o inducir, nos refleja de cuerpo entero al delito de concusión como un típico delito de lucro, de codicia desmedida y delincuencial del funcionario o servidor público.

2.5. Destinatario del bien o beneficio recibido

El destinatario del bien o beneficio patrimonial que entrega o promete entregar la víctima como consecuencia del hecho punible, sin duda será el propio agente-funcionario o servidor público o en su caso, un tercero graficado en el tipo penal como «para otro» que puede ser otro funcionario, un servidor público, una persona natural o una persona jurídica. De modo alguno, puede aceptarse la posibilidad que el término «otro" en el tipo penal 382 CP, abarque también a la administración pública (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 247), toda vez que si el bien o beneficio patrimonial llega a ingresar a las arcas de la administración pública el delito en análisis no se verifica.

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 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 249).

Resumiendo los elementos objetivos característicos del delito de concusión podemos indicar con la ejecutoria suprema del 28 de enero de 2009 (R. N. N.° 1601-2006-Huaura): «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; y iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del sujeto viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva al uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de tal modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones..., en dar —entregar, transferir algo a alguien— o prometer —efectuar un ofrecimiento a futuro— en forma indebida —prestación sin sustento alguno— un bien o un beneficio patrimonial para sí o para otros, es decir, que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tèrcera persona». En igual sentido la ejecutoria suprema del 30 de enero de 2006 (R. N. N.° 98-2005-Huaura).

2.6. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido con la tipificación del delito de concusión es el recto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública, unido a ello también se busca proteger la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones al interior de la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 241).

En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 2006 (R. N. N.° 1380-2006-Tacna, Urquizo Olaechea y otro, 2011, p. 711), precisa que «el delito de Concusión tiene como bien jurídico tutelado el proteger el regular 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 trasgrediendo sus roles lesionan los intereses del Estado».

2.7. Sujeto activo

Los supuestos delictivos, previstos y regulados en el artículo 382 CP, representan hechos punibles especiales. El tipo penal establece en

forma clara la calidad o cualidad que debe concurrir en el sujeto activo. Si en un hecho concreto, la persona que ha cometido una conducta con apariencia de concusión no tiene la calidad descrita en el tipo penal, el delito en hermenéutica no se configura.

Solo puede ser sujeto activo del delito de concusión, previsto y sancionado en el artículo 382, aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga un vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal, según lo previsto en el artículo 425 CP. También es un delito de infracción de deber especial de carácter penal, en el cual el autor perfeccionara el delito infringiendo el deber especial de velar por el correcto y regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública.

Los extraños a la administración pública que participen en la comisión del delito junto al sujeto público serán considerados cómplices del mismo delito y, por lo tanto, merecerán menor pena que el autor.

2.8. Sujeto pasivo

Siempre el Estado, único titular del bien jurídico protegido con el delito en análisis.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La redacción misma de la fórmula legislativa prevista en el artículo 382 CP nos induce a sostener sin duda alguna que se trata de un delito de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia por parte del agente.

El agente-funcionario o servidor público con conocimiento que abusa de su cargo, en forma voluntaria, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial. Es uniforme la doctrina nacional al sostener que solo es posible la comisión por dolo directo, no es posible la comisión por dolo eventual (Rojas Vargas, 2002, p. 250; Abanto Vásquez, 2003, p. 248).

De la lectura del tipo penal, se concluye también que se trata de un delito en el cual, aparte del dolo, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el 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. De modo que, si en un hecho concreto no se verifica que el agente haya obrado con el ánimo de lucro, sino por el contrario con el ánimo de hacer una broma a la víctima, por ejemplo, el delito de concusión no se verifica.

En tal sentido es un error afirmar que el delito de concusión «es eminentemente doloso donde el agente busca un ánimo de lucro ya sea para él o para una tercera persona», como se afirma en la ejecutoria suprema del 3 de marzo de 2008 (R. N. N.° 1433-2007-Madre de Dios). Aquí no se busca un ánimo de lucro, sino que el agente dolosamente actúa guiado por el ánimo de lucro.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Por la propia redacción de la fórmula legislativa del artículo 382, es imposible que se presente alguna causa de justificación. Las motivaciones que determinaron en la víctima a dar o prometer dar, o el consentimiento de la víctima en dar o prometer un bien o beneficio patrimonial, de modo alguno actúan como causal de justificación de la conducta ilícita (Rojas Vargas, 2002, p. 251).

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de concusión no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar, el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de concusión, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de obligar o prometer un bien o beneficio patrimonial indebido.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito, en la modalidad de obligar o inducir a dar, se perfecciona o consuma en el instante en que la víctima se desprende del bien o del beneficio patrimonial y le entrega al agente o a un tercero. En tanto que en la modalidad de obligar o inducir a prometer, el delito se perfecciona o consuma en el momento en que la víctima se compromete a entregar, en un futuro inmediato, el bien o beneficio patrimonial a favor del agente o de un tercero. Para nada se toma en cuenta si a lo que se comprometió el agente a cambio del beneficio pedido (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, denunciarlo por evasión tributaria, ordenar su detención, etc.) se cumplió o no. Tal aspecto es irrelevante para efectos del perfeccionamiento del delito de concusión. Así se precisa en la ejecutoria suprema del 18 de setiembre de 2006 (R. N. N.° 4470-2005-Loreto, URQUIZO OLAECHEA y otro, 2011, p. 698).

Las formas de tentativa son admisibles en ambos supuestos, al igual que el desistimiento. La posibilidad de tentativa radica en el hecho de que no basta para consumar el delito una simple exigencia, petición o argumentación persuasiva por parte del agente, sino que es necesario llegar a determinar en la voluntad de la víctima la dación a la promesa y ello supone un *iter* o espaciamiento de actos o de un solo acto hasta llegar al momento de la dación o promesa efectiva (ROJAS VARGAS, 2002, p. 250).

7. PENALIDAD

El funcionario o servidor público agente del delito, luego del debido proceso penal en el cual se le encuentre responsable penalmente,

será sancionado o reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

§9

EXACCIÓN ILEGAL

1. TIPO PENAL

El antecedente más inmediato del presente tipo penal es el artículo 343 CP de 1924 derogado; no obstante, el contenido del tipo penal 383 ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 del 22 de octubre de 2016, quedando el tipo penal con la redacción siguiente:

> **El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Según la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 1999:

> 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» (Exp. N.° 4628-98-Áncash, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 2000, p. 394).

En la ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1998, la Suprema Corte ha sostenido lo siguiente:

> El concepto de exacción alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por lo tanto que lo "extorsiona" con un acto de autoridad 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. (Exp. N.° 1380-98-Piura, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, año II, N.° 4, 2000, p. 398)

Si, por el contrario, el cobro es legal, aun cuando la resolución que lo autoriza sea arbitraria, el delito de exacción ilegal no aparece. Así se pronuncia la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002:

> Los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383 del Código Penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el funcionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda la tarifa legal, situación que no se da puesto que el mencionado incremento se dio mediante un acuerdo municipal, acuerdo que es atribución de los denunciados, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades. (Exp. N.° 861-2002-Cuzco, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 124)

El delito de exacción ilegal se configura cuando el agente-funcionario o servidor público abusando de su cargo y con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, exige a su víctima (particular o la misma administración estatal) o hace pagar

o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Aquí el agente, con el objetivo firme de obtener algún provecho económico personal, hace que su eventual víctima le entregue contribuciones o emolumentos que realmente no se debe pedir o, en su caso, hace que la víctima le entregue contribuciones o emolumentos en cantidad que excede la realmente debida. Muchas veces, el agente hace creer a su víctima que lo exigido o lo que entrega es para la entidad estatal; no obstante, ello es solo un efugio, puesto que lo exigido o lo que entrega la víctima es cogido por aquel en su propio beneficio.

En la construcción de la fórmula legislativa del tipo penal, el legislador ha utilizado hasta tres verbos rectores. Estos identifican plenamente hasta tres conductas punibles que en conjunto le denominamos delito de exacción ilegal (Abanto Vásquez, 2003, p. 263). Posición diferente adopta Rojas Vargas (2002, p. 250) cuando señala que el «hacer pagar» constituye una hipótesis legal de un mayor desarrollo en el proceso ejecutivo del delito. Con ello da a entender que el exigir y hacer pagar o entregar constituye una sola conducta delictiva, interpretación que no podemos aceptar en forma pacífica.

La *primera* se verifica cuando el agente abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública requiere, peticiona, demanda, pide, reclama o exige a la víctima (particular o el mismo Estado) contribuciones, o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Esta hipótesis delictiva se perfecciona con la sola exigencia del agente, independientemente de que la víctima realice lo que se le exige.

Rojas Vargas (2002, p. 250) muy bien enseña que exigir contribuciones o emolumentos no debidos implica demandar enérgicamente al supuesto obligado el cumplimiento de estas para con la administración pública. No obstante, lo exigido no va a engrosar las arcas del Estado, sino al peculio del agente.

La *segunda* conducta punible aparece cuando el agente, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace desembolsar, abonar, sufragar o pagar a su víctima contribuciones o

emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. La víctima puede ser la misma administración pública. Este supuesto delictivo constituye la realización material del contenido de la exigencia. Aquí, el agente aparte de exigir ya logra que la víctima le abone o pague las contribuciones o emolumentos no debidos.

Caso contrario, si las contribuciones o emolumentos son debidos el delito no se configura. Ese es el sentido de la ejecutoria suprema del 12 de julio de 2002:

> En el caso *sub materia*, los cargos formulados al encausado no se han acreditado de modo alguno, en principio por cuanto para que se configure el delito de cobro indebido, el tipo penal exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, lo que no concurre en autos, toda vez que los montos percibidos por el acusado, aparte de su remuneración como docente, proveniente de los recursos propios de la unidad de posgrado de la facultad de educación han sido otorgados en mérito a una resolución rectoral y a lo dispuesto por la ley de presupuesto del sector público. (Exp. N.° 2916-2001-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 149)

Y la *tercera* conducta delictiva se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace dar, conceder, ceder, otorgar, transferir, facilitar o entregar a la víctima (particular o el Estado) contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Aquí también, igual que en el anterior supuesto punible, el agente aparte de exigir logra en la realidad que la víctima dé o entregue remuneraciones o emolumentos que realmente no debe.

La ejecutoria suprema del 27 de marzo de 2008 (R. N. N.° 107-2007-Lambayeque, Sala Penal Permanente), resolvió un caso real en el cual la acusada logró que la administración pública le entregue o abone sus remuneraciones a las que realmente no tenía derecho, pues al encontrarse de vacaciones fuera del país con autorización irregular, no hacía trabajo efectivo. Igual fue condenado el funcionario que

consintió la entrega de la remuneración no debida al no informar a la instancia correspondiente, sobre la situación laboral de su coacusada.

En el precedente jurisprudencial se precisa que

> «el delito de exacción ilegal previsto en el artículo trescientos ochenta y tres del Código Penal, se refiere a todo sujeto público que abusando de su cargo exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumento —entendida esta como honorario, sueldo o remuneración— no debidos en cantidad que excede la tarifa legal, en el caso de autos se advierte que la encausada Julcarima Castro exigió el pago de sus remuneraciones mensuales —que por demás fueron irregulares pues no desempeñaba una labor efectiva— del periodo de enero a julio de dos mil cuatro cobrando indebidamente cuando no le correspondía pues se encontraba en España, y no desarrollando su labor como Subdirectora de la institución educativa 'Elvira García y García'; por su parte su coencausado Alva Rebaza admitió y consintió que la referida irregularidad se produzca, y en su calidad de Director de la citada institución educativa hizo que de manera mensual se abone indebidamente sus remuneraciones mensuales correspondientes a los meses de enero a junio de 2004, no informó de la situación laboral, y conforme admite ni se encontraba facultado ni siquiera para conceder el irregular uso adelantado del periodo vacacional correspondiente al periodo del 2005 a su coencausada».

La crítica que se puede hacer a la fórmula legislativa es que el legislador, sin tomar en cuenta los principios de lesividad y proporcionalidad, ha previsto la misma pena para el autor que se limita a solo exigir a aquel que aparte de exigir hace realmente que la víctima le pague o entregue el beneficio patrimonial. Aspecto que debe ser tomado en cuenta por la autoridad jurisdiccional al momento de individualizar la pena. Si la conducta del agente se quedó en simple exigencia, la sanción será menor con relación a la conducta del agente público que aparte de la exigencia, logró hacer efectivo el pago o la entrega de la contribución o emolumento no debido o en cantidad que excede a la tarifa legal.

2.1. Abuso de cargo

Otro elemento objetivo importante del delito de exacción ilegal es verificar el hecho que el agente siempre funcionario o servidor público actúe en su propio beneficio patrimonial abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el agente-funcionario o servidor público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial indebido.

Hay abuso de 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, pero para conseguir un fin ilícito. Se trata de exigir o hacer pagar o entregar lo no adeudado al Estado y en su caso, de existir deuda, exigirla o hacerla pagar en cantidad que excede lo realmente debido.

Aquí, 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 CP que regula el delito de abuso de autoridad. Esto permite entender de manera clara que no es necesario ni imprescindible que el exigir, hacer dar o hacer entregar se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del funcionario o servidor público para configurarse el delito en hermenéutica. Basta que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Incluso, se configura el delito aun cuando el agente no tenga las atribuciones o competencias para cobrar las contribuciones o emolumentos. Lo que interesa es el abuso del cargo en que incurre el sujeto activo para sorprender a su víctima. En el mismo sentido, Rojas Vargas (2002, p. 262). Posición distinta asume Abanto Vásquez (2003, p. 254), quien en forma restringida sostiene que el agente debe tener la atribución de cobrar las contribuciones o emolumentos, pues si el agente invoca o simula funciones que no tiene, puede haber otro delito, menos él de exacción ilegal.

Así mismo, se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la administración pública concluyó ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce el acto de exacción ilegal, el delito es imposible que se configure.

2.2. Contribuciones o emolumentos

Como elemento objetivo importante es determinar si lo exigido o hecho pagar o entregar al agente por parte de la víctima, tiene la naturaleza de contribución o emolumento que exige el tipo penal. Si lo exigido o lo hecho pagar o entregar son bienes que tienen otra naturaleza el delito de exacción ilegal no se configura. En su caso, no es que la conducta sea impune, sino que tal conducta será subsumida en el delito de concusión, por ejemplo.

El Código Tributario define a la contribución como un tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. No obstante, a efectos de la ley penal respecto del delito en análisis, tal definición resulta restringida para los fines de protección del bien jurídico recta administración pública. En tal sentido, con Rojas Vargas (2002, p. 264; Abanto Vásquez, 2003, P. 254), postulamos que el vocablo *contribución*, a efectos del delito de exacción ilegal, tiene una definición amplia al punto que incluye en su contenido los también tributos denominados derechos, tasas e impuestos.

En tanto que el término *emolumento* significa honorarios, sueldo o remuneración que recibe determinada persona a cambio de su trabajo, ya sea efectuada a favor de la administración pública o a favor de un particular.

Lo importante es determinar que la contribución o emolumento que exige el agente no sean debidos, es decir, no adeudados o, por lo menos, no en el monto exigido por estar ya pagados, por no existir deuda alguna, por no ser la persona que debe, por tratarse de contribuciones derogadas, o simplemente por no existir legalmente el impuesto o la obligación de pagar, o por estar eximido de pago, etc. (Rojas Vargas, 2002, p. 265).

2.3. Cantidad que excede a la tarifa legal

Aparece el supuesto cuando el agente siempre, abusando de su cargo, hace pagar a la víctima contribuciones o emolumentos en cantidades que exceden la tarifa legalmente establecida. Así, por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 28 de enero 1998 (Exp. N.° 4722-97-Amazonas, ROJAS VARGAS, 2005, p. 650), se precisa con toda propiedad que «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, no importando la afirmación que la diferencia cobrada en exceso no fue apropiada por el acusado».

2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye la corrección y probidad de los funcionarios o servidores que ejercen funciones dentro de la administración pública. El sujeto público no puede estar sorprendiendo, o en todo caso, no puede estar sacando provecho del descuido de los administrados. El funcionario o servidor público tiene que actuar correctamente en el cobro de las tasas establecidas por ley. No puede estar perjudicando el patrimonio de los administrados.

2.5. Sujeto activo

Los supuestos delictivos previstos y regulados en el artículo 383 CP representan hechos punibles especiales. El tipo penal establece en forma clara la calidad o cualidad que debe tener el sujeto activo. Si en un hecho concreto la persona que ha cometido una conducta con apariencia de exacción ilegal no tiene la calidad descrita en el tipo penal, el delito en hermenéutica no se configura. En efecto, solo puede ser sujeto activo del delito de exacción ilegal previsto y sancionado en el artículo 383 aquella persona que tiene la calidad o cualidad de ser funcionario o servidor público. Es presupuesto para ello que la persona tenga un vínculo laboral vigente con alguna entidad estatal según lo previsto en el artículo 425 CP.

También es un delito de infracción de deber, toda vez que el agente público comete el delito infringiendo o pasando por alto el deber especial de carácter penal que le impone la administración de actuar con corrección y probidad en el cumplimiento de sus funciones públicas. Los extraños que participen con el funcionario o servidor público en la comisión del hecho punible serán cómplices del delito.

2.6. Sujeto pasivo

Siempre el Estado, único titular del bien jurídico protegido con el delito en hermenéutica jurídica.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

La redacción misma de la fórmula legislativa prevista en el artículo 383 CP nos induce a sostener, sin duda alguna, que se trata de un delito de comisión netamente dolosa. No cabe la comisión por culpa o negligencia por parte del agente.

El agente-funcionario o servidor público con conocimiento que abusa de su cargo, en forma voluntaria, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal. Consideramos que, por la naturaleza misma del delito, y tal como aparece redactado el tipo penal, solo es posible su comisión por dolo directo. En igual sentido, Abanto Vásquez (2003, p. 259). Posición discutible asume Rojas Vargas (2002, p. 267), cuando enseña 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.

De la lectura del tipo penal, se concluye también que se trata de un delito en el cual 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.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador

jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Por la propia redacción de la fórmula legislativa del artículo 383, es imposible que se presente alguna causa de justificación. Las motivaciones que determinaron en la víctima a dar o entregar o el consentimiento de la víctima en dar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal a favor del sujeto activo, de modo alguno actúan como causal de justificación de la conducta ilícita.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de exacción ilegal no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa, tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. Caso contrario, si en un caso determinado el operador jurídico llega a la conclusión de que el agente no conocía la ley o reglamentos, el delito no se verifica al presentarse un típico caso de error de prohibición.

De ese modo, se pronuncia la ejecutoria suprema del 4 de enero de 1998. Allí, pese a que los magistrados supremos confunden los conceptos y se refieren a lucro y dolo, se sostiene que

> al haber efectuado los regidores cobros indebidos por concepto de dietas y bonificaciones con desconocimiento de la ley, habiendo actuado de buena fe y procedido posteriormente a devolver lo percibido indebidamente, se descarta el lucro por parte de los procesados, constituyendo el hecho una irregularidad administrativa, al no existir dolo en dicho comportamiento. (Exp. N.° 1587-97-Cajamarca, ROJAS VÁRGAS, 2005, p. 652)

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de obligar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal a favor del sujeto activo.

6. CONSUMACIÓN

Ya hemos referido que, en la construcción de la fórmula legislativa del tipo penal, el legislador ha utilizado hasta tres verbos rectores. Estos identifican plenamente hasta tres conductas punibles que en conjunto denominamos «delito de exacción ilegal», los cuales tienen momento consumativo diferente.

La *primera* que se verifica cuando el agente, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, requiere, peticiona, demanda, pide, reclama o exige a la víctima contribuciones o emolumentos no debidos, o en cantidad que excede a la tarifa legal, se perfecciona con la sola exigencia del agente, independientemente de que la víctima realice lo que se le exige. En este supuesto no cabe la tentativa.

La *segunda* conducta punible aparece cuando el agente, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace desembolsar, abonar, sufragar o pagar a su víctima contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, y 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. En este supuesto, es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en grado de tentativa.

Y la *tercera* conducta delictiva se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, abusando del cargo que desempeña al interior de la administración pública, hace dar, conceder, ceder, otorgar, transferir, facilitar o entregar a la víctima contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, y se consuma cuando el sujeto activo logra en la realidad que la víctima dé o entregue remuneraciones o emolumentos que realmente no debe. También es posible que el actuar del agente se quede en grado de tentativa.

7. PENALIDAD

Luego del debido proceso, al ser encontrado responsable penalmente, el agente será sancionado con una pena privativa de libertad entre los márgenes de no menor de uno ni mayor de cuatro años.

8. MÁS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002

De lo actuado se ha acreditado la comisión del delito y la responsabilidad penal de los sentenciados, quienes en su condición de funcionarios públicos de la municipalidad provincial tenían pleno conocimiento de los reglamentos internos que establece las dietas, pretendiendo justificar su accionar doloso, uno de los sentenciados devolviendo lo cobrado ilegalmente y la otra sentenciada haciendo la consulta respectiva después de cuatro meses, cuando se hizo de conocimiento público. (Exp. N.° 335-2002-Piura, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 131)

Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002

[Q]ue el delito de concusión en su modalidad de cobro indebido, previsto en el artículo 383 CP, establece entre otros que el funcionario mediante intimidación tácita de la condición que le asiste exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos; que en el citado ilícito, la voluntad del agente debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio. (Exp. N.° 861-2002-Cusco)

Ejecutoria suprema del 16 de noviembre de 2006:

En autos, se encuentra plenamente acreditada la comisión del ilícito penal investigado y la responsabilidad ineludible de los procesados, quienes en su condición de Alcalde y Regidores de la Municipalidad distrital de Comas hicieron cobro retroactivo del incremento por concepto de dietas, como consecuencia de los acuerdos de Consejo... por el periodo de enero al 27 de febrero de mil novecientos noventa y ocho... queda evidenciado

con las declaraciones de los propios acusados..., así como con las misivas que se cursaron respectivamente, en las que los procesados autorizaron el descuento de la suma indebidamente cobrada por concepto de reintegro de dietas, lo que demuestra que eran conscientes de haber cobrado montos prohibidos por ley. Hecho sancionado por el artículo 383 del Código Penal. (R. N. N.° 035-2006-Lima Norte)

§ 10

COLUSIÓN

1. TIPO PENAL

El delito que aquí etiquetamos como de colusión y que en otras legislaciones recibe las denominaciones de «negociaciones incompatibles», «fraude a la administración pública», «celebración indebida de contratos» o «fraude contra el Estado» tiene su antecedente más reciente en el artículo 344 CP derogado de 1924.

Antes de continuar es necesario precisar que el delito debe identificarse simplemente como colusión y no con la tautológica y contradictoria frase de «colusión ilegal» o «colusión desleal», debido a que el sustantivo ya contiene la idea de un pacto ilícito, clandestino, irregular, por lo que no puede admitirse que existan «colusiones legales» o «colusiones leales» (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ, Congreso, el 3 de agosto de 2010, Poder Judicial).

El original artículo 384 CP de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que luego de una fuerte presión pública fue derogada en parte. Actualmente, el delito de colusión ha sido finalmente modificado por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. Desde esta modificación, podemos hablar de colusión simple y colusión agravada. El contenido del tipo penal, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre

de 2013, fue nuevamente objeto de modificación por el D. Leg. N.° 1243 del 22 de octubre de 2016. Finalmente, por el artículo 2 de la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021, se volvió a modificar el tipo penal para agregar en forma plausible circunstancias agravantes al delito de colusión. En efecto, la actual fórmula legislativa es como sigue:

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

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

Comentando el original contenido del tipo penal 384, afirmábamos con el profesor de Piura García Cavero (2008, p. 17) que en el plano político-criminal eran dos las particularidades del tipo penal de colusión que llamaban especialmente la atención. Por un lado, el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida en que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente una concertación con los interesados perjudicial para el Estado. Por otro lado, la severidad de la pena prevista en el tipo penal cuyo marco penal máximo alcanza los veinte años de pena privativa de libertad. Ambas particularidades evidencian que el legislador penal ha privilegiado la eficacia de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad, lo que encuentra explicación en la especial sensibilidad de las contrataciones y adquisiciones estatales frente a actos de corrupción debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público.

Luego de la modificación, podemos agregar que, desde el plano político-criminal, el legislador ha dividido las conductas de colusión. Si la concertación es descubierta antes de que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego de que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada. Solo con fines pedagógicos, se verifica que esta diferencia, y citando la segunda edición de este libro, fue establecida como precedente vinculante en el considerando décimo quinto de la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017 (Casación N.° 661-2016-Piura).

En el presente, con la modificación introducida en el 2021, tenemos circunstancias agravantes de la colusión agravada.

Aparte de citado detalle, también hay que considerar que la colusión simple tiene como verbo rector al término «concertar»; en cambio, la colusión agravada tiene como verbo rector al término «defraudare». Aspectos que sin duda deben tomarse en cuenta para analizar dogmáticamente cada una de estas figuras delictivas creadas por la Ley N.° 29758, la misma que tuvo como base el texto sustitutorio de fecha 6 de julio de 2011 de diversos proyectos de ley (N.os 4878/2010-CR, 4881/2010-CR, 4885/2010-CR, 4886/2010-CR y 4892/2010-PE), proyectos que no propusieron tal forma de redacción del tipo penal 384.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

a. Colusión simple. Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente, siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, 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.

> El tipo penal mismo dice que ese «fraude» debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la 'concertación' no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple «Colusión» o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario. (Ejecutoria suprema, 8 de febrero de 2006, R. N. N.° 1512-2005-Cusco, Sala Penal Permanente)

b. Colusión agravada. Podemos definir la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios,

concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

La tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra se relacionan con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que, como ya hemos mencionado en la simple, es el término **concertar**, en tanto que en la agravada es el término **defraudare**. Y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que, en la agravada, el perjuicio es real y efectivo.

En ese sentido, en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017, en el considerando décimo quinto, también se estableció como jurisprudencia vinculante:

> Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que a conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal. (Casación N.° 661-2016-Piura)

Para comprender su contenido, es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva, siempre cuidando en hacer la diferencia en los aspectos indicados. En efecto, la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003:

> [P]ara la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; b) perjudicar a

un tercero, en este caso al Estado; y c) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial. (Exp. N.° 3611-2002-Huánuco, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 176)

2.1. Defraudar de la colusión simple

Defraudar, estafar o timar al Estado significa el quebrantamiento del rol especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. En absoluto, el defraudar o estafar significa que sea lo mismo que en el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 CP. La diferencia entre ambas figuras penales es evidente. Así, la ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005 (R. N. N.° 956-2005-Junín, GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA, 2008, p. 279) de la Sala Penal Permanente establece en forma pedagógica que el delito de colusión como delito especial «comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales —el autor del ilícito es un funcionario, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado—».

El agente con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio, ya sea real o potencial, al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados (GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA, 2008, p. 42 y p. 135). La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple no es necesario que realmente, con la conducta fraudulenta, se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía como finalidad defraudar el patrimonio del Estado. En este sentido se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del 02 de abril de 2014 (R. N. N.° 1076-2013-Ucayali), al precisar que «debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes —el Estado y los particulares— esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado».

Interpretando el tipo penal antes de la modificatoria, la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2002 argumenta:

> Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el 'defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados..., entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras. (Exp. N.° 1402-2002-Tumbes, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, pp. 191-192)

En consecuencia, no «puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal 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». (Ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, R. N. N.° 1296-2007-Lima, 2 Sala Penal Transitoria)

2.2. Defraudar de la colusión agravada

Aun cuando pareciera que «defraudar» y «defraudare» son lo mismo, el significado que se les ha dado en el tipo penal 384 CP, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. Corresponde ahora identificar el real sentido que debe darse al término «defraudare», que viene a constituir el verbo rector de la colusión agravada. Defraudare o timar

al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario. El agente público actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el agente, por medio de concertación con los terceros interesados, defrauda el patrimonio del Estado. En este hecho punible, se configura con la propia defraudación que se produce al patrimonio del Estado, luego de la concertación. En cambio, como ya hemos indicado, la colusión simple se configura con la simple concertación con los interesados con la finalidad de perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al patrimonio del Estado; en tanto que, en la colusión simple, solo se exige la sola concertación con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas figuras delictivas.

Además, con mucha pertinencia, en el considerando décimo séptimo de la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017, se dejó establecido como precedente vinculante

> En la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto es una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y específica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia de la Corte Suprema. (Casación N.° 661-2016-Piura)

2.3. Por razón del cargo

Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón o debido a su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que, si en un hecho concreto el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado —en concesiones, por ejemplo—, el delito en análisis no se configura.

En cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N.° 29758, tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2000:

> Los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo 384 del código sustantivo vienen 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. (Exp. N.° 5201-99-Loreto, Sala C, *Normas Legales*, Trujillo, T. 288, 2000, p. A-74)

Este elemento del delito de colusión evidencia que se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público. En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan debido al cargo, y dentro de su función asignada previamente, ostentan un deber jurídico intensificado de proteger los intereses y el patrimonio del Estado al

negociar con particulares o 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 (García Cavero-Castillo Alva, 2008, p. 87).

De modo que es correcta la ejecutoria suprema del 19 de noviembre de 2013 (R. N. N.° 1565-2012-Ica) cuando argumenta que el delito de colusión 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; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición.

2.4. Concertar con los interesados

El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa la circunstancia de que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo el sujeto público con el interesado sobre la conjunción de voluntades, con la finalidad de defraudar al Estado. No es suficiente la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo, momento en que se produce la consumación delictiva (Mir Puig, 2000, p. 337).

De esa forma, en la ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 la Segunda Sala Penal Transitoria de las Suprema Corte precisa lo siguiente:

> La concertación 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. (R. N. N.° 1296-2007-Lima)

En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 2006:

> La configuración del delito de Colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones; asimismo, debe destacarse, como otro elemento constitutivo del tipo, la defraudación al Estado, sus organismos o entidades, la misma que se manifiesta en un perjuicio y que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado a esta concertación, el ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado. (R. N. N.° 2508-2005-Áncash, Segunda Sala Penal Transitoria)

Para poder considerar defraudatoria, en la actuación de un funcionario o servidor 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. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado (García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 40).

La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias para presentar, por ejemplo, precios simulados —sobrevaluados o subvaluados—, admitir calidades inferiores a las requeridas, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines (Rojas Vargas, 2002, p. 282). El término «interesados», sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian con

el Estado. Por medio de ellas, el Estado adquiere bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes (García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 118). Así, en la ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2008 se argumenta que «Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado» (R. N. N.° 732-2007-Piura, Segunda Sala Penal Transitoria).

Por otro lado, debe quedar establecido con Abanto Vásquez (2003, p. 264) que la concertación solamente puede realizarse por comisión. No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna. Difícilmente podemos aseverar que el guardar silencio o realizar omisiones signifiquen concertación. Para que haya concertación es necesario la concurrencia de dos partes. Y ambas partes deben expresar su consentimiento en el acuerdo clandestino. Si solo uno propone y el otro no alega algo al respecto, no será posible saber si hubo realmente concertación. Pero claro, si a consecuencia de su silencio se produce perjuicio al patrimonio del Estado, responderá por la comisión de otro delito, pero no por colusión.

En el mismo sentido, García Cavero (2008, p. 51) concluye que la conducta de un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros no es equiparable a una concertación con los interesados que exigen el tipo penal. Aquel funcionario público que omite podrá ser imputado del delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no por el delito de colusión. En la misma posición y línea inter-

pretativa, Castillo Alva (2008, p. 122) asevera que en el caso de que un funcionario que participa de las negociaciones —pero no obra por razón al cargo— solo guarda silencio y, con ello, permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado, estaremos ante un caso de complicidad primaria omisiva. El guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, a concertar qué exige el tipo penal. Concertar es una acción eminentemente activa. Quien guarda silencio o calla no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros. Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 288) pretende enseñar que la colusión también puede verificarse por actos de omisión.

Entendido así, resulta desacertada la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005, cuando en un típico caso de omisión de deberes funcionales debidamente tipificado en el artículo 377 CP confirmó una sentencia que condenó por colusión a personas que sin concertación alguna omitió dolosamente sus deberes funcionales. En efecto, en el considerando tercero de la citada ejecutoria se argumenta que

> aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBJ-Programa MAJ de la GCR-PJ e integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos

> previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes. (García Cavero-Castillo Alva, 2008, p. 328)

Cuestión diferente es si en el proceso penal se llega a comprobar que, efectivamente, los integrantes de la comisión de recepción se coludieron con los contratistas para hacer parecer que la obra estaba concluida cuando en la realidad aún faltaba. Lo fundamental es los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica.

Finalmente, debemos dejar establecido que, si bien tanto en la colusión agravada como en la simple interviene la concertación o acuerdo clandestino y fraudulento, también es cierto que en la colusión simple es el verbo rector y, por lo tanto, se configura el citado delito con la simple concertación tendiente a defraudar el patrimonio del Estado. El agente concierta con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. En tanto que en la agravada la concertación es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado.

2.5. Instrumentos del delito: cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado

El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados el obtener algún beneficio en perjuicio del Estado durante su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y liquidación de este (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010).

Engloba, por ende, la celebración de actos jurídicos como los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra

operación semejante que realiza el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos.

Así, en la ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2005 se precisa lo siguiente:

> El ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones, concierte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en detrimento del patrimonio estatal. (R. N. N.° 1016-2004-Ayacucho, García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 324)

Se refiere a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

Suministros son acuerdos a que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

En cambio, las licitaciones representan un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras. La licitación pública para la ejecución de obras se desdobla en: licitación pública nacional para la ejecución de obras por empresas constituidas y con instalaciones en el país. Y licitación internacional cuando las características técnicas de la obra a realizar requieren de participación internacional.

Otro tipo de proceso de selección es el concurso público. Se convoca para la contratación de servicios dentro de los márgenes establecidos en las normas presupuestarias. Otro tipo es la adjudicación directa. Se convoca para la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras dentro de los márgenes de las normas de presupuesto. La adjudicación puede ser pública (cuando el monto

de la adquisición o contratación es mayor al 50 % del límite máximo establecido para la adquisición directa en las normas presupuestarias) o selectiva (cuando el monto de la adquisición o contratación es igual o menor al 50 % del límite máximo establecido para la adquisición directa en las normas presupuestarias). La adjudicación directa selectiva no requiere publicación. Se efectúa por invitación, por lo que debe convocarse por lo menos a tres proveedores. Finalmente, tenemos la adjudicación de menor cuantía, la cual se convoca para 1) la adquisición o contratación de bienes, servicios u obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por las normas presupuestarias para las licitaciones o concursos públicos, según corresponda; 2) los procesos declarados desiertos; 3) la contratación de expertos independientes para que integren los comités especiales.

Debe precisarse que la determinación de los procesos de selección para efectuar las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas, en todas las entidades públicas, se sujeta a los montos que fije a ley anual del presupuesto.

El concurso de precios es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso. En cambio, las subastas son actos de venta pública de bienes al mejor postor, que puede hacerse judicial o administrativamente (ROJAS VARGAS, 2002, pp. 283-286).

El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación semejante a las anteriores en la cual el Estado u organismo estatal sea parte se constituya en objeto del delito de colusión. Pero estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes, obras o servicios del Estado. Podrán incluirse, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía. No puede aplicarse este delito a cualquier tipo de operación económica que realice el Estado a través de sus funcionarios, pues esta extensión del ámbito de aplicación del tipo penal implicaría salirse del tenor establecido por el tipo penal 384 (ROJAS VARGAS, 2002, pp. 27 y 163).

Sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio. En este marco pueden producirse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, etc. Aquí, el agente, en su beneficio, realiza convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja patrimonial para el Estado, y da prioridad a los intereses económicos de los particulares que negocian con el Estado.

El término *convenio* significa los acuerdos concretos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen o positivizan en un contrato. El legislador al utilizar el término «convenios» no solo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también se refiere a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa correspondiente. Por ejemplo, las adquisiciones realizadas en el marco de convenios internacionales mencionados en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, o los convenios marcos de precios regulados en forma específica en los artículos 187 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Rojas Vargas, 2002, p. 28).

En cuanto a *ajustes*, significa las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando hay desavenencias en el cumplimiento del contrato. Se puede ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc. Los ajustes son supuestos que se contemplan simplemente para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, ello según el artículo 56 del reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Liquidaciones significa que los contratos firmados entre el Estado u organismos estatales con terceros llegan a su fin y que es necesario hacer el procedimiento de liquidación. Esta deberá ser elaborada por el particular contratista y, luego de presentada a la entidad estatal correspondiente, ser aprobada por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello, se cierra el expediente de la contratación o adquisición. Para tal fin, se sigue lo previsto en el

artículo 43 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 269 del reglamento.

Los suministros representan los acuerdos a que llegan los representantes del organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y/o servicios. Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades (García Cavero-Castillo Alva, 2008, p. 29). Siendo el caso de que luego de firmarse el contrato de suministro, la empresa contratista con conocimiento del agente público realiza suministros de menor calidad o cantidad a la comprometida (Abanto Vásquez, 2003, p. 267); por ejemplo, alimentos descompuestos para los damnificados, chalecos antibalas de menor grosor que la pactada, leche con fecha límite de consumo vencida, etc.

La ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002 (Exp. N.° 1559-2001-Apurímac, Salazar Sánchez, 2004, p. 167), expone un caso real de la forma como pueden presentarse los actos defraudatorios. En efecto, aquí se considera que

> «la conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos se exige, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados y en algunos casos inoperativos; asimismo, se le incrimina haber realizado diferentes obras que no contaban con la documentación contable respectiva, esto es, órdenes de compra, órdenes de servicio y expedientes técnicos necesarios; sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos».

2.6. Circunstancias agravantes de la colusión agravada

El artículo 2 de la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021 modificó el tipo penal 384 CP e incorporó circunstancias que aumentan la reprochabilidad del agente. Se dispone que la pena será privativa de

libertad no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: a) el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; b) la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias; c) el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

2.6.1. El autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella

Aquí se prevé hasta tres circunstancias: que el autor de la defraudación al patromonio del Estado actúe como integrante de una organización criminal; que el autor actúa como persona vinculada a una organización criminal, o que el autor de la colusión actúe por encargo de la organización criminal. La diferencia entre las tres agravantes salta a la vista y, por tanto, resulta obvia. En el primer supuesto, el agente pertenece o forma parte de una organización criminal del tipo que prevé el primer párrafo del artículo 317 CP, mientras que en los otros dos supuestos el agente es un ajeno a la organización, es decir, no pertenece a ella.

La agravante solo se configura cuando el autor de la colusión simple o agravada es integrante de una organización criminal. No tipifica la conducta colusoria de los integrante de una banda criminal que prevé el artículo 317-B CP. Entonces, solo se trata de grandes organizaciones criminales, no de las pequeñas, que en nuestro sistema jurídico penal reciben el nombre de «banda criminal». En ese sentido, si luego de concluida la investigación del delito de colusión se comprueba que el autor solo actúo como integrante de una banda criminal, su conducta solo podrá ser sancionada como colusión simple o agravada prevista en los dos primeros párrafos del tipo penal.

Y una persona puede estar vinculada a una organización criminal cuando, por ejemplo, provee armas, vehículos o alimento a los

integrantes de la organización con la finalidad de que esta cumpla sus fines propuestos. En el último supuesto, el agente de la colusión no esta vinculada a la organización criminal, sino que actúa debido a que la organización criminal lo ha pedido que así lo haga a cambio, por ejemplo, de un porcentaje de las ganancias de la defraudación, o también por protección personal a los miembros de su familia, etc. Lo importante es tener presente que, en estos dos supuestos, el agente no forma parte de la organización criminal. Si en el caso en concreto, luego de la investigación del delito, se llega a la conclusión de que el agente de la colusión es integrante de la organización, los hechos se tipificarán en el primer supuesto de la agravante.

Esto es importante para efectos de la graduación de la pena a imponer. Por ejemplo, a un vinculado no será posible imponerle los 20 años que prevé la ley; en cambio, al autor de la colusión agravada que actúo como integrante de la organización criminal será posible imponerle el máximo de pena prevista en la ley penal. Pero claro, todo dependerá de los argumentos de defensa que invoque el abogado defensor.

2.6.2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 10 UIT

La Ley N.° 31178 del 28 de abril 2021 agregó al artículo 384 CP las circunstancias agravantes que se configuran cuando la conducta del autor de la defraudación recae sobre programas con fines asistenciales, programas de apoyo o programas de inclusión social o programas de desarrollo social. Aquí, el mayor reproche penal está en el mayor daño que la conducta defraudatoria puede causar a los beneficiarios de los programas sociales.

Programas asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos

nacionales o internacionales. Los programas de apoyo social hacen referencia a programas más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población de menos recursos. El Estado peruano tiene diversos programas de apoyo, inclusión y desarrollo social, entre los que podemos mencionar tenemos: en el Ministerio de Salud, el Seguro Integral de Salud (SIS); en el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el Programa de Complementación Alimentaria (PCA), Programa Contigo, Programa Juntos, Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, Programa nacional Cuna Más; en el Ministerio de Educación, el Programa de Becas y Crédito Educativo (PRONABEC), Beca 18, Beca Casos Sociales, Beca Generación Bicentenario; en el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, el Programa de Techo Propio, Programa de Nuevo Crédito Mivivienda; en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (AURORA); en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Programa del Centro de Asistencia Legal Gratuita (ALEGRA), etc.

Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario defrauda al patrimonio del Estado concertándose con los proveedores de los servicios o con los venderos de bienes para el funcionamiento de los programas sociales, o cuando el sujeto público realiza acuerdos clandestinos con los empresarios vendedores de bienes para atender las emergencias sociales decretadas.

A efectos de la agravante, los programas con «fines asistenciales» o programas de «apoyo social» tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Los contratos, licitaciones o concesiones deben ser sobre servicios o compra de bienes destinados a fines asistenciales o programas sociales. Los mismos que surgen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada o cubrir carencias sociales permanentes mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional. Muchos de los programas sociales del Estado peruano están incluidos en el presupuesto anual.

Finalmente, cabe agregar que esta agravante se configura siempre y cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados en la operación colusoria descubierta supere las 10 UIT.

Bien sabemos que el valor de la UIT cambia de año en año en el Perú por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas. Así, por ejemplo, para el año 2023 el valor de la unidad impositiva tributaria es de 4 950 soles según el Decreto Supremo N.° 309-2022-EF. En ese entendido, si los hechos fraudulentos ocurren en el 2023, se configura la agravante en análisis siempre y cuando el valor de la defraudación supere los 49,500 soles. Si el monto es igual o inferior a aquella cifra, la colusión será calificada como colusión agravada sin que concurra la agravante analizada.

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

Finalmente, se configura la colusión con la concurrencia de agravante y, por tanto, la pena privativa de libertad puede llegar a veinte años, cuando el sujeto público responsable de participar en los contratos, licitaciones o concesiones para adquirir bienes o servicios para hacer frente a una calamidad pública, emergencia sanitaria, como, por ejemplo, la COVID-19, se aprovecha de tales circunstancias para defraudar el patrimonio del Estado. El caso que calzaría perfectamente en esta agravante es el hecho concreto que se conoció en los medios de comunicación consistente en que oficiales de la PNP responsables de adquirir material de bioseguridad para hacer frente a la COVID-19, para el personal policial, se habrían aprovechado mediante conductas colusorias, y de esa forma defraudar el patrimonio del Estado.

Asimismo, se configura la agravante cuando la comisión del delito de colusión compromete o pone en serio riesgo la defensa, seguridad o soberanía nacional. Por ejemplo, cuando el sujeto público encargado de participar en las licitaciones de adquirir armas para nuestras Fuerzas Armadas, realiza conductas colusorias y en lugar de adquirir armamento sofisticado, acepta y adquiere armamento en desuso, etc.

Las agravantes se justifican, pues «en nuestro país, los actos de corrupción vienen trayendo graves consecuencias a la administración pública, dado que se distrae ingentes cantidades de recursos destinados a la atención de los servicios públicos (salud, educación, vivienda, trabajo, construcción, entre otros) ocasionando con ello, la reducción del crecimiento económico y atentando la calidad de vida de todos los peruanos, especialmente de las personas en condición de vulnerabilidad» (Proyecto de Ley N.° 4953/2020-CR, ingresado al Congreso el 30 de marzo de 2020).

2.7. Bien jurídico protegido

Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que es manifestación material del Estado. Cuando por ejemplo, el sujeto público encargado de participar en la contratación de bienes para el Estado, infringiendo sus deberes funcionales pacta o se colude con el postor empresario para sobrevalorar el precio de los bienes objeto de contrato, la administración pública (Estado) en general se resiente y su funcionamiento deja de ser normal, pues al pagar sobreprecio deja de atender otros requerimientos de los administrados, debido a que se queda hasta sin presupuesto al haber pagado una diferencia que realmente no correspondía.

No obstante, ya el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de mayo de 2012 se ha pronunciado al respecto:

> Más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la administración pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad» (Fundamento 18). Para tal efecto, no queda otra alternativa que recurrir a la interpretación del contenido del artículo 76 de la Constitución. Allí se prevé que en «la obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se

> ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades. (Exp. N.° 0017-2011-PI/TC-Lima)

El Tribunal Constitucional, por sentencia del 17 de mayo de 2004, interpretando esta disposición constitucional, ha precisado lo siguiente:

> La función constitucional de esta norma es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como 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 y malversación de fondos públicos. (Exp. N.° 020-2003-AI/TC-Lima)

De ahí que la contratación —y, ahora, la concesión estatal— tiene una particularidad que lo diferencia de cualquier otro acuerdo de voluntades entre particulares o extraños a la administración, toda vez que, al estar comprometidos recursos públicos, y finalidades públicas, se hace necesario una especial regulación normativa que permita una adecuada transparencia en las operaciones contractuales y de concesión.

Aparece de esa forma la Ley N.° 30225 (Ley de contrataciones del Estado), modificada por el Decreto Legislativo N.° 1341, que representa una norma de desarrollo constitucional que recoge en forma expresa los principios que se desprenden del contenido del artículo 76 de la Constitución.

El sujeto público, al desarrollar sus obligaciones funcionales dentro de la administración pública, tiene que hacerlo conforme a los deberes funcionales que le impone el cargo público que desempeña.

Y esos deberes funcionales en nuestro sistema jurídico los impone la ley en forma expresa, en este caso, por el texto único ordenado de la Ley N.° 30225, Ley de contrataciones del Estado, establecido por el Decreto Supremo N.° 082-2019-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de marzo de 2019. Si el sujeto público obligado, infringiendo aquellos deberes, busca o pretende defraudar o llega realmente a defraudar los intereses patrimoniales del Estado, aparece el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

En efecto, en nuestro sistema jurídico encontramos que en el artículo 2 de la citada ley de contrataciones, entre otros, se precisan los deberes o principios que orientan o sirven de parámetros funcionales que tienen que respetar los sujetos públicos que por razón de sus cargos participan en representación del Estado en las adquisiciones, contrataciones, concesiones u otra operación semejante. Allí se precisa que estos principios son los parámetros para la actuación de quienes intervienen en las contrataciones(10). Entre otros principios, para

(10) El artículo 2 de la Ley N.° 30225 enumera y define los siguientes principios:

a) **Libertad de concurrencia.** Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

b) **Igualdad de trato.** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

c) **Transparencia.** Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

efectos de la ley penal que tipifica el delito de colusión, consideramos que son pertinentes los siguientes:

1. Principio de integridad: La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida.

---

d) **Publicidad.** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

e) **Competencia.** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

f) **Eficacia y Eficiencia.** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos».

g) **Vigencia Tecnológica.** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

h) **Sostenibilidad ambiental y social.** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

i) **Equidad.** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

j) **Integridad.** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

2. Principio de transparencia: Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad.
3. Principio de igualdad de trato a los postores: Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.

De ahí que el bien jurídico específico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al participar en las contrataciones y concesiones representando a la administración. Estos se traducen en los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. Respeto de estos importantes principios, en el fundamento 13 de la STC del 17 de mayo de 2004 (Exp. N.° 020-2003-AI/TC-Lima), el Tribunal Constitucional ha precisado que, en términos generales, «el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general». En tanto que «habrá trato igualitario cuando, bajo ninguna circunstancia, se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado».

Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la norma prohibitiva no está en la generación de un perjuicio económico al Estado o al sistema económico general, sino en el irregular desempeño del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De modo que sustenta la sanción penal, la inobservancia de los deberes específicos que vinculan al sujeto público con los fines últimos del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo de

aquellos de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público que, con razón de su cargo participa en la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, debe hacerlo siempre tratando de cautelar el patrimonio administrado en beneficio del Estado.

En efecto, el funcionario o servidor público que por razón de su cargo se relaciona con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelarlo y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado y con tal fin de actuar siempre con integridad, transparencia y dando trato igual y justo a los postores. Caso contrario, si aprovecha de tal posición especial para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringiendo aquellos deberes funcionales, se verifica alguna modalidad del delito de colusión. De esa forma, el profesor Pariona Arana (2017, p. 25) enseña que «los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones pública».

Ahora bien, cabe considerar lo siguiente:

> El delito de colusión tiene como último propósito específico el orientar o conminar a los funcionarios o servidores públicos a que observen los deberes funcionales especiales que les impone la ley cuando asumen la competencia de participar en nombre o representación del Estado en las contrataciones, adquisiciones, concesiones y demás operaciones semejantes. (Salinas Siccha, 2019, p. 365; 2023, p. 986)

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la resolución de fecha 17 de mayo de 2004, interpretando el delito de colusión a la luz de la Constitución y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004), ha precisado en forma pertinente que

> es necesario que las contrataciones de servicios, bienes y obras se realicen mediante un procedimiento oportuno, con la mejor oferta económica y técnica, así como respetando los principios, de transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre

competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. (Exp. N.° 020-2003-AI/TC)

Esta es la orientación interpretativa de parte de la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria superior de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de septiembre de 1996 (Exp. N. 1531-92, AMAG, Serie de Jurisprudencia 1, p. 420), se considera que «el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos». En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005 (R. N. N. 79-2003-Madre de Dios) argumenta que «La colusión prevista en el artículo 384 del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que, al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonio potencial o real para la administración». Igualmente, en la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005 (R. N. N.° 3017-2004-Huánuco, García Cavero y Castillo Alva, 2008, pp. 215-348)

En la misma línea, tenemos la ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009 (R. N. N.° 4661-2007-Ucayali), al sostener que «el núcleo rector del delito de colusión consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado». En parecida línea jurisprudencial encontramos la sentencia casatoria del 26 de junio de 2019 (Casación N.° 9-2018-Junín), donde se precisa que «el bien jurídico protegido en el delito de colusión (tipo penal de infracción) no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público».

De modo que los bienes jurídicos específicos protegidos con la tipificación del delito de colusión son los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores. Así se puede consultar en el TC, en los fundamentos 20 y 26, de la sentencia del 3 de mayo de 2012:

> El deber del Estado de combatir todo acto de corrupción se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, de los principios constitucionales que rigen la contratación pública como son los principios de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal y trato justo e igualitario a los postores o posibles proveedores. En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir los actos que atentan contra aquellos principios constitucionales que informan la contratación pública. (Exp. N.° 00017-2011-PI/TC-Lima)

En efecto, si el sujeto público competente para participar en determinada operación contractual en representación del Estado se colude con un postor interesado, infringe tales deberes y, como consecuencia, se vuelve deshonesto y falso hacia el Estado, puesto que no lo defiende. En tal condición, no proporciona información clara y coherente sobre la contratación a todos los proveedores, por lo que deja de ser imparcial y, por supuesto, propicia que la contratación se desarrolle en condiciones de desigualdad de trato a los postores, porque privilegia y otorga ventajas solo al postor con quien tiene el pacto ilícito.

Por su parte, en los fundamentos 20 y 26 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, el Tribunal Constitucional expone con toda propiedad:

> El deber del Estado de combatir todo acto de corrupción se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, de los principios constitucionales que rigen la contratación pública como son los principios de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal y trato justo e igualitario a los postores

> o posibles proveedores. En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir los actos que atentan contra aquellos principios constitucionales que informan la contratación pública. (Exp. N.° 00017-2011-PI/TC-Lima)

Así entendido el bien jurídico específico, podemos concluir que el patrimonio del Estado, como tal, no es el bien jurídico protegido del delito de colusión. Este no es un delito patrimonial, sino uno de infracción de deber. El patrimonio estatal viene a constituir el objeto último del delito. El patrimonio no es el bien jurídico del delito de colusión, sino solo objeto del delito. La diferencia es obvia (Salinas Siccha, 2023, p. 988).

Consideramos errado afirmar que el objeto del bien jurídico directamente atacado tenga contenido patrimonial, es decir, «se atente contra el patrimonio administrado por el Estado en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado», como sostiene el profesor Abanto (2003, p. 261). En el mismo sentido, Castillo Alva, contradiciendo radicalmente lo sostenido por García Cavero en el mismo libro, enfatiza que, «desde su perspectiva, el bien jurídico protegido del delito de colusión es el patrimonio del Estado» (García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 79).

Igualmente, no es de recibo la interpretación respecto del bien jurídico de colusión que se hace en la ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007 (R. N. N. 1296-2007-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria), en la cual se precisa que «el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública».

Y siempre con la orientación de hacer derecho penal comparado, aquí debe precisarse que, para el sistema español, el bien jurídico del delito que denominan «fraude al patrimonio estatal», lo constituye el patrimonio público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas (Mir Puig, 2000, p. 335).

2.8. Sujeto activo-autoría

La jurisprudencia de cuando en cuando todavía viene considerando al delito de colusión como uno especial. Así tenemos la ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006 (R. N. N.° 823-2006-Tacna), en la cual se argumenta que «Es de puntualizar que el tipo penal del injusto de Colusión Ilegal es un delito especial propio, porque solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal-vinculación funcionarial».

No obstante, las dos modalidades son delitos especialísimos y debido a su estructura típica son de infracción de deber (Pariona Arana, 2017, p. 107), en el cual el autor o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384 —esto es, funcionario o servidor público—, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales la competencia de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser autor de alguna de las modalidades de colusión en el sistema jurídico penal peruano. Y por supuesto, como tiene tal competencia, siempre debe actuar respetando, entre otros, los principios de integridad, transparencia y igualdad de trato a los postores que le impone la ley (en el caso del Perú, el artículo 2 de la Ley N.° 30225).

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, porque es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones, concesiones u otra operación semejante representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia. La ejecutoria suprema del 27 de diciembre de 2007 (R. N. N.° 028-2003-A-Lima) presenta un caso real en el cual un ministro de Estado fue condenado como autor del delito de colusión, pues de conformidad al artículo 6 de la Ley N.° 27860 era la máxima autoridad del sector y titular del pliego, por lo que le correspondía ejercer la supervisión y control de las

Fuerzas Armadas, de los órganos del Ministerio y de los organismos públicos descentralizados y empresa del sector:

> [D]e autos ha quedado establecido la existencia de gran número de irregularidades en las licitaciones privadas, las cuales indicarían que las adjudicaciones de las buena pro a favor de determinadas empresas y la emisión de las correspondientes resoluciones del Ministerio de Defensa, aprobando las mismas, no fue consecuencia de un adecuado y regular proceso de licitación, sino que corresponde a una previa concertación con los funcionarios de las empresas beneficiadas.

En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

El tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que, infringiendo sus deberes funcionales, se pone de acuerdo o pacta con los interesados para perjudicar el patrimonio del Estado en forma «directa o indirecta». Esto quiere decir que el agente con competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos, adquisiciones o concesiones que realice. La corrupción ha llegado a niveles insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estrados judiciales por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable.

Analizando el tipo penal 384 antes de la última modificatoria, Castillo Alva (2008, p. 92), siguiendo los argumentos de Abanto Vásquez, respecto de esta última circunstancia, enseñaba que el tipo penal impone una segunda y más importante restricción: la de exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos o en el negocio o, en general, los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la administración. Por lo tanto, el sujeto público debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico-patrimonial en los que

la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario, lo que deberá determinarse, la mayoría de veces, con la ayuda de las leyes y reglamentos administrativos que regulan las actividades públicas.

Este aspecto básico en la configuración del delito de colusión ha sido entendido de manera adecuada por la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria suprema del 1 de marzo de 2005:

> En cuanto al procesado Juan Mendoza Ochoa, Director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384 del Código Penal, sin perjuicio de lo mencionado, no se vislumbra en su conducta ningún indicio de participación en dicho ilícito, razón por la cual la absolución venida en grado se encuentra arreglada a ley. (R. N. N.° 1477-2004-Arequipa)

En el mismo sentido, Rojas Vargas (2002, p. 279), antes de la modificatoria del tipo penal, enseñaba que solo los funcionarios y servidores públicos que actúen debido a su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos. No puede ser autor, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específicas de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia penal. De igual forma, Abanto Vásquez (2003, p. 262) y García Cavero y Castillo Alva (2008, p. 32).

La ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2001 consideró lo siguiente:

> El colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpados como si fueran funcionarios o servidores públicos cuando solo eran particulares contratados por el alcalde para que en su condición de carpinteros fabricaran puertas y ventanas que tendrían que colocarse en su momento en el nuevo local que se estaba construyendo para dicha comuna. Exp. N.° 753-2001-Amazonas, Salazar Sánchez, 2004, p. 588)

Asimismo, al tratarse de un delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores. Posición contraria sostiene Pariona Arana (2017) , quien, luego de insistir que el delito de colusión en uno de infracción de deber, concluye que es posible la coautoría, pues «la decisión sobre los contratos públicos se encuentra a cargo de funcionarios con deberes compartidos, donde la decisión válida requiere la intervención o consentimiento de todos» (p. 110).

Recuérdese que, en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro (mediante engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pues con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal. En contra, Pariona Arana (2017), quien precisa que «responde como autor mediato el funcionario, que teniendo el deber especial, interviene en la concertación por medio de otro; mientras que el intermediario —que interviene de manera directa y dolosa— será cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales del funcionario competente» (p. 109).

Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración, de verificarse su participación junto al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible, responderán penalmente en su condición de cómplices del delito de colusión.

También se sabe que en la administración pública el funcionario público competente no siempre interviene de manera directa y personal en los procesos de contratación estatal, sino que lo hace —de manera regular y en el marco de la ley— delegando a otro su representación. En estos casos, no existe impedimento alguno para considerar a estos

delegados, encargados o representantes como autores del delito de colusión si se conciertan ilícitamente con los interesados (Pariona Arana, 2017, p. 53).

En cuanto a la participación, también es perfectamente posible la instigación, que se verifica cuando el agente público hace nacer la resolución criminal en los sujetos públicos con vinculación funcional con el objeto del delito. En efecto, la ejecutoria suprema de fecha 17 de febrero de 2010 precisa un caso de instigación en el delito de colusión:

> Es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcionarial para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad —finalmente concretada— de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación —sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución— el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa. (R. N. N.° 1015-2009-Puno, Sala Penal Permanente)

2.9. Los interesados como cómplices

Los «interesados», que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones: No tienen la relación funcional que exige el tipo penal; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la administración pública.

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativa-penal, sería impracticable la tipicidad del delito (Rojas Vargas, 2002, p. 290; Abanto Vásquez, 2003, p. 316; García Cavero y Castillo Alva, 2008, pp. 54 y 152). En doctrina se conoce al delito de colusión como «un delito de

encuentro». La conducta del sujeto público confluye con la conducta del tercero interesado. El encuentro o confluencia de ambas conductas activas son imprescindibles para la consumación de la colusión.

Así lo tiene establecido la ejecutoria suprema del 6 de julio de 2005:

> Al encausado Mosquera Ángeles se le ha procesado indebidamente por encubrimiento real [...], presupuestos que en el caso de autos no se advierte; sino más bien el ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los «delitos contra la administración pública» en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos —*intraneus*—; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de —*extraneus*— que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes. (R. N. N.° 124-2005-Áncash)

No obstante, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, queda entendido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado, porque es necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas. La idea parte del hecho de que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico (Abanto Vásquez, 2003, p. 427). Los sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se precisado, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado.

Que el delito de colusión se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por esa sola circunstancia en participación punible, sino que para ello la intervención necesaria debe asumir unas determinadas características en cuanto al bien jurídico y la forma de ataque que legitimen una imputación penal como partícipe (García Cavero-Castillo Alva, 2008, p. 54). En el curso de la investigación se tiene que verificar el contubernio, el acuerdo o la concertación entre el sujeto público y el tercero interesado para defraudar las expectativas patrimoniales del Estado. El tercero interesado tiene que intervenir en tal concertación. Si ello no se acredita sin duda, no podrá imputársele delito alguno. Esto sucederá, por ejemplo, cuando el sujeto público le propone una concertación para defraudar al Estado y el tercero interesado en lugar de aceptar realiza la denuncia correspondiente.

En la misma línea, Abanto Vásquez (2003, p. 316) enseña que los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune; no pueden ser considerados partícipes de este delito. Para serlo al igual que los demás funcionarios intervinientes, tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor. No obstante, no es de recibo lo sostenido por este autor cuando afirma que es difícil de constar el aporte del tercero interesado en la comisión del delito a excepción de los actos de instigación (si hicieran surgir la idea criminal en el sujeto público) que puedan significar un aporte mínimo en el hecho principal. El tercero interesado no solo puede participar como instigador, sino también cuando acepta la concertación propuesta por el autor.

En efecto, más común es que los terceros interesados en la concertación actúen ofreciendo una comisión a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la adquisición o contratación. También ocurre cuando los terceros interesados aceptan entregar una comisión al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública. La ventaja patrimonial puede ser actual o futura.

Lo concreto es que la colusión se produce cuando mediante la concertación, el interesado da, ofrece o promete dar una ventaja patrimonial al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

En la modalidad en la cual el agente público actúa en forma indirecta, igual serán imputados el delito de colusión en su modalidad de complicidad, aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con los terceros interesados representando al agente público.

En suma, solo los sujetos públicos en los cuales concurra la relación funcional serán autores del delito de colusión; los demás, incluidos los terceros interesados, así como los intermediarios del sujeto público, serán cómplices del mismo delito. La ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006 (R. N. N.° 823-2006-Tacna), considera en forma atinada «que la conducta de los particulares o funcionarios concertados —que no intervengan por razón de su cargo— será calificada en calidad de cómplices».

Sin duda, a efectos de individualizar la pena a imponer, el Juez impondrá mayor pena al autor que al cómplice por la circunstancia que el autor al realizar el delito infringe deberes especiales impuestos por la administración pública, en cambio, los demás intervinientes, al no infringir algún deber especial su conducta es menos reprochable.

Postura distinta plantea el profesor Pariona Arana (2017, p. 121), quien sostiene que el título de imputación de los interesados como cómplices del delito de colusión no es correcto, debido a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad, pues el entendimiento de la complicidad en la dogmática penal ha sido siempre de ayuda a otro a la comisión de un delito, situación que no se presenta en la colusión toda vez que aquí el interesado realiza el delito conjuntamente con el sujeto público. Los dos son igualmente responsables y, por tanto, no se puede señalar en absoluto que el interesado es simplemente un cómplice o colaborador. Asimismo, sigue argumentando el citado profesor (2017, p. 122), que no puede ser cómplice porque resiente el principio de accesoriedad de la participación. Según este principio, la participación es accesoria del

hecho punible cometido por el autor. La autoría es independiente a la complicidad. En el caso de la colusión, el interesado no es cómplice puesto que su intervención es imprescindible para su configuración. La intervención del interesado no es accesoria. La intervención del interesado es fundante del delito de colusión. El comportamiento del interesado no configura la complicidad primaria, menos una complicidad secundaria. Finaliza, el citado profesor, proponiendo que el legislador proceda a la tipificación individual del comportamiento del interesado en un artículo independiente en la parte especial del Código Penal, que acompañe a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo similar al cohecho.

Al respecto, consideramos que, si se aplica la teoría del dominio del hecho para resolver la autoría y participación en el delito de colusión, es posible que lleguemos a iguales conclusiones; sin embargo, como ya hemos dejado establecido al constituir el delito de colusión un delito de infracción de deber, otras son las reglas que deben aplicarse para determinar el título de imputación del tercero interesado.

En otro extremo, no podemos seguir sosteniendo que los terceros interesados son cómplices primarios, toda vez que, como ya se mencionó, la diferencia entre complicidad primaria y secundaria se da en la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación de los delitos comunes o de dominio. En cambio, según la teoría de infracción de deber que explica la autoría y participación de los delitos especiales como lo es el delito de colusión, solo hay autores y cómplices.

Este aspecto aún no se tiene claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues todavía viene indicado que el empresario que se colude con los sujetos públicos sería cómplice primario. En efecto, en la ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2017 se precisan los siguientes hechos:

> Los condenados Oré Quiñones y Valle Utrilla, regidores de la Municipalidad Provincial de Pallasca, juntamente con el alcalde Vásquez Heredia —ya fallecido— integraron una Comisión Municipal para la adquisición de un camión volquete, en el año dos mil siete. En todo momento, contaron con la intervención del condenado Flores Escudero, Gerente Municipal quien dio la

> conformidad a la orden de compra y emitió el comprobante de pago, pese a que no se había recibido el camión. La adquisición del camión volquete fue a la empresa Equipamiento Municipal del Perú Sociedad Anónima Cerrada, a cargo de la encausada recurrente Abarca Paredes. Con ella se firmó el contrato y se encargó de la asesoría del trámite administrativo. Para concretar esta indebida adquisición —vía compra directa—, se falsificaron informes técnicos y legales, cotizaciones y estudios de mercado. La Municipalidad agraviada desembolsó cuatrocientos quince mil ochocientos soles por el citado camión volquete, no obstante que su valor solo ascendía a dos cientos treinta y seis mil cuatrocientos setenta soles con cuarenta céntimos. (R. N. N.° 2675-2016-El Santa-Primera Sala Penal Transitoria)

Con base en aquellos hechos, se afirma que lo cierto es que la mencionada empresa estaba vinculada a la encausada Abarca Paredes, quien en la fecha de los hechos era subgerente general. Ella, además, firmó el contrato de compraventa del camión volquete y, asimismo, cobró el cheque de pago por esa venta —su intervención, por consiguiente, no fue meramente nominal, sino que tenía control sobre la empresa cuestionada—. No solo se festinaron trámites, se falsificaron documentos y se dirigió la adquisición a una directa por la causal de emergencia, sino que, a propósito de lo anterior, se adquirió un bien a un precio sobrevaluado. Por estas razones, por unanimidad, declararon no haber nulidad en la sentencia en el extremo que condenó a Ilia Abarca Paredes como cómplice primaria del delito de colusión desleal en agravio del Estado, Municipalidad Provincial de Pallasca (R. N. N.° 2675-2016-El Santa).

2.10. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado, como se indica en el tipo penal cualquier, entidad u organismo del Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito.

La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, EsSalud,

Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y diversas operaciones económicas que comprometen de manera directa el presupuesto estatal y que, por lo tanto, pueden verse perjudicados en la disposición de sus intereses patrimoniales (García Cavero-Castillo Alva, 2008, p. 100).

Aquí es importante dejar claro que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto, cabe citar la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005:

> Estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido que tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy Essalud es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil. (R. N. N.° 3017-2004-Huánuco)

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del contenido del tipo penal, se concluye que tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente que conoce perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Aquí solo es posible el dolo directo (Abanto Vásquez, 2003, p. 268). Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado.

La sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de septiembre de 1996, aparece como ejemplo de la forma como se da el elemento subjetivo en un hecho concreto y real:

> El aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y defraudar al Estado, constituye delito de concusión desleal. (Exp. N.° 1531-92, AMAG, Serie de Jurisprudencia 1, p. 420)

De acuerdo con la estructura de la colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados buscando o mejor, con la finalidad de defraudar al Estado. El agente concierta con la intención de defraudar el patrimonio público. En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ del 3 de agosto de 2010, que proponía fórmula similar a la colusión simple, se alega que «si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o la defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española». En tanto que, en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público

Se debe precisar que la fórmula legislativa empleada por el legislador solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre «concertándose» con los particulares interesados con actos omisivos. Concertar implica actos comisivos de las partes. Si una de las partes guarda silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal.

Por su parte, el profesor Rojas Vargas (2002, p. 288) pretende enseñar que también es posible la colusión por omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.), caso en el cual es posible la concurrencia del dolo eventual.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en las conductas analizadas la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384, es imposible que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo. En la simple, el agente se colude con los interesados para defraudar los intereses públicos. En la agravada, el agente público mediante los acuerdos colusorios defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado. Igualmente, considero que no es posible la verificación de alguna causa de justificación cuando el funcionario o servidor público siempre asume por ley posición de garante y le es obligatorio conocer el régimen de incompatibilidades (ROJAS VARGAS, 2002, p. 289). Igual posición adopta Abanto Vásquez, aun cuando luego admite la causa de justificación de obediencia debida en los funcionarios jerárquicamente inferiores.

El profesor de la universidad de Piura, García Cavero (2008, p. 55), por su parte, enseña que no hay razones para excluir la posibilidad de que el funcionario público se encuentre en situaciones en las que no es posible dejar de hacer ciertas adquisiciones o contrataciones, aunque de ellas se deriven ciertos perjuicios o pocos beneficios para el Estado como pueden ser las actuaciones en cumplimiento de un deber especial y las situaciones de emergencia o necesidad. Alegando que en estos supuestos se excluiría la antijuridicidad, ello es posible si se verifica que no hubo acuerdos colusorios con terceros interesados para defraudar el patrimonio del Estado, caso contrario, ello es imposible.

En los supuestos invocados por el profesor García Cavero, si llega a verificarse que el sujeto público realizó comportamiento colusorio con terceros interesados, con la finalidad de defraudar al Estado, de modo alguno puede excluirse la antijuridicidad. Antes bien, aquellas

conductas se constituyen en más reprochables porque el agente habría actuado aprovechando especiales circunstancias. Ni el cumplimiento de un deber especial, ni estados de emergencia, necesidad o actos humanitarios pueden justificar acuerdos clandestinos destinados a defraudar el patrimonio del Estado.

La ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005 (R. N. N.° 79-2003), que se refiere a un acto humanitario, en absoluto sirve para alegar que es posible una causa de justificación en el delito de colusión. Allí se concluye que no es posible atribuirse la comisión del delito de colusión debido a que «el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad». En el caso de la Ejecutoria citada, simplemente no se evidenció ni probó concertación defraudatoria en perjuicio del Estado. Es decir, no se verificó la tipicidad y, por lo tanto, no es posible pasar a discutir la antijuridicidad.

5. CONSUMACIÓN

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa desde la Ley N.° 29758, que recoge la colusión simple y colusión agravada, la consumación es diferente en ambas modalidades.

Del contenido del primer párrafo del artículo 384 CP se concluye que la colusión simple se consuma o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos clandestinos o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para efectos de la consumación, no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique, solo basta que se verifique el acuerdo o pacto colusorio. Por ello, es coherente sostener que la colusión simple es un delito de peligro concreto. Al verificarse el concierto de voluntades para perjudicar al objeto del delito como es el patrimonio público, en forma inminente y concreta se le pone en peligro.

Abanto Vásquez (2003, p. 279) enseñaba, incluso antes de la vigencia de la Ley N.° 29758, que el delito de colusión es un delito de peligro y de mera actividad. Como resultado, el delito se consuma con la simple colusión o con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario. La explicación de la posición adoptada, por el citado profesor, es la reproducción acrítica de la doctrina española que, como reiteramos, se forma a consecuencia de la interpretación que hacen los penalistas del Código Penal español.

En cambio, del contenido del segundo párrafo del 384 CP se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente perjudica o defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado previamente una concertación con los terceros interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configura, así al final se ocasione un perjuicio real al patrimonio del Estado. Sin duda, ese perjuicio puede ser imputado al agente público; sin embargo, será por otro delito, jamás por colusión. Esta, para que se verifique, exige la concurrencia de una concertación previa del agente público con los terceros interesados en las modalidades de contratación o adquisiciones del Estado.

Entonces, en la colusión agravada, se requiere que la conducta efectuada por el agente ocasione o produzca la defraudación efectiva a los intereses del Estado u organismos sostenidos por el Estado, esto es, que se ocasione un real perjuicio económico al sujeto pasivo, situación que sin duda deberá ser establecida por los peritos especializados (Rojas Vargas, 2002, p. 288). Es irrelevante, a efectos de la consumación, comprobar si el agente obtuvo algún provecho o ventaja económica.

La aplicación práctica del artículo 384 CP antes de la modificatoria introducida por la Ley N.° 29758 era contradictoria. En efecto, en la ejecutoria suprema del 3 de febrero de 2006 la Sala Penal Permanente alegaba lo siguiente:

> El tipo penal mismo dice que ese «fraude» debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración

> pública que el tipo legal en cuestión es un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la «concertación» no habría aparentemente nada; que este delito se consuma con la simple «colusión» o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la «idoneidad» del acto de colusión. (R. N. N.° 3250-2005-Ayacucho, García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 304)

En tanto que, en la ejecutoria suprema del 25 de abril de 2006, según la misma Sala Penal Permanente:

> Autos no obra la pericia que se ordenó en la ejecutoria suprema antes mencionada para efectos de determinar el monto de lo defraudado, omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento —colusión— impone, de ser el caso que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado, entidades u organismos de este, por lo que es indispensable que se realice nuevo juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o no del encausado. (R. N. N.° 2192-2005-Puno, García Cavero y Castillo Alva, 2008, p. 314)

Pero la confusión no es del año 2006, en que se emitieron las citadas ejecutorias, sino el problema viene de mucho antes, como se prueba con la ejecutoria suprema del 12 de abril de 2002:

> Se encuentra acreditada la responsabilidad penal del justiciable, pues de los informes periciales efectuados por el juzgado y ratificados en el juicio oral, así como en los peritajes de parte, se demuestra que los vehículos adquiridos por el procesado fueron sobrevaluados por encima de los precios reales, causándole perjuicio económico a la municipalidad más aún que no ha demostrado en autos que se requería la necesidad de adquirir otros vehículos, por lo que su actuar se adecua al tipo delictivo en el artículo 384 del Código Penal. (Exp. N.° 303-2001-Moquegua-Tacna, Frisancho Aparicio, 2004, p. 52)

Evidentemente, la primera ejecutoria se adscribía a lo que ahora conocemos como «colusión simple»; mientras que las otras dos se adscribían a lo que ahora conocemos como «colusión agravada». Por esta razón, nos parece adecuada la distinción efectuada por la Ley N.° 29758, para evitar la impunidad de ciertos actos de corrupción que se pretende minimizar.

6. TENTATIVA

De la lectura de la nueva fórmula legislativa, se advierte que tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa.

La colusión simple, al tratarse de un delito de peligro concreto, no admite tentativa, pues, al constituirse en el verbo rector y central el concertar, basta con que este empiece para consumarse el delito. Antes del inicio de la concertación, con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado, no hay nada punible. Una vez que esta se inicia, es decir, se inician los acuerdos clandestinos y colusorios con los terceros interesados, automáticamente se produce la consumación del delito.

En cuanto a la colusión agravada, como ya se explicó, esta se consuma en el momento en que se llega a perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado por medio de los acuerdos colusorios materializados con aquel fin. Antes de aquel momento no hay tentativa. Esto es así debido a que, si antes de que el sujeto público logre perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado, voluntariamente se desiste o las agencias de control lo descubren, su conducta será tipificada en el primer párrafo del artículo 384 CP, esto es, como colusión simple, pues estaremos frente a una concertación con la finalidad de defraudar el patrimonio público. En suma, no hay forma de que la conducta agravada se quede en grado de tentativa.

7. PENALIDAD

De verificarse y probarse luego del debido proceso penal que el acusado es responsable penalmente de una conducta sancionada en el primer párrafo del artículo 384 CP, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, inhabilitación

a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Esta es la pena para la colusión simple.

En cambio, si es imputado el delito de colusión agravada, el agente público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años, inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Luego del agregado de las circunstancias agravantes al artículo 384 CP en el año 2021, la pena para el personaje central del delito de colusión agravada será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años e inhabilitación, a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Esto es, la pena será de 15 a 20 años de privativa de libertad cuando el autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. O cuando 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 10 UIT. O cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Se entiende que los demás sujetos públicos sin relación funcional y los extraños a la administración que participan en la comisión del delito de colusión simple o agravada, de modo alguno serán sancionados con los máximos de pena previstos. Su pena siempre será menor a la impuesta al autor.

8. MÁS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE COLUSIÓN EMITIDOS ANTES DE LA LEY N.° 29758

Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2000

El delito de concusión imputado al encausado ha quedado plenamente acreditado en autos, al haber tratado de vender el

inmueble de la propiedad de la sociedad de beneficencia, para lo cual firmó el documento de oposición de venta sin contar con la autorización respectiva, documento en el que se fija las condiciones y precio de transacción de dicho inmueble; venta que se pretendió realizar sin observar las normas legales del caso, pues conforme a lo previsto por la legislación sobre transferencia de bienes del Estado la venta del patrimonio público debe realizarse por subasta pública, y tratándose de venta directa, esta debe ser autorizada por ley; disposiciones legales que el procesado ha pretendido ignorar con el único fin de eludir su responsabilidad penal, que, en consecuencia, la pena debe imponerse en atención a las condiciones personales del encausado. (Exp. N.° 2204-2000-Lima, ROJAS VARGAS, 2002, p. 738)

Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2000

Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido contrato sin que haya ejecutado trabajo alguno; si bien no logró defraudarse al Estado por cuanto el título valor no fue cobrado por haberse vencido su plazo, lo es también que los encausados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa. (Exp. N.° 3137-2000-Lima).

Ejecutoria suprema del 15/1/98

Examinados los actuados, existen elementos de prueba razonable que nos permiten colegir que los citados encausados concertaron voluntades entre sí en el proceso de adquisición de cómputos para la entidad agraviada, al haberse infringido lo dispuesto en el reglamento único de adquisiciones y omitir dolosamente evaluar las cotizaciones con la finalidad de favorecer a la empresa proveedora; hechos que evidençian que los funcionarios públicos

procesados cometieron la figura penal de gestión desleal, al haber intervenido en actos contractuales, defraudando al Estado con el propósito de ser lucrados ilegítimamente. (Exp. N.° 992-97-Junín, ROJAS VARGAS, 2005, p. 415)

Ejecutoria suprema del 14 de mayo de 1998

La reducción del monto que por concepto de merced conductiva pagaba al concejo municipal la empresa «restaurante El Salto de Fraile», dispuesta por decreto de alcaldía, se inscribe dentro de la competencia del alcalde de celebrar actos y contratos necesarios para el ejercicio de su función, lo que descarta la existencia de algún favorecimiento doloso del referido funcionario hacia la citada entidad privada; por lo que es del caso absolver al procesado. (Exp. N.° 4174-97-Lima, ROJAS VARGAS, 1999, p. 654)

Ejecutoria suprema del 20 de marzo 1997

Si el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la celebración de los contratos cuestionados, sus actos no son reprimibles penalmente. (Exp. N.° 1522-97-Lima, ROJAS VARGAS, 1999, p. 660)

Ejecutoria suprema del 22 de abril de 2003

No se ha acreditado en autos que el procesado en la licitación haya infringido los lineamientos establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, pues conforme a su reglamento son responsables del contenido de las declaraciones juradas las personas naturales o los representantes de las personas jurídicas que las suscriben, máxime si tampoco se ha demostrado que los miembros de la comisión de licitación, al momento de otorgar la buena pro, hubieran conocido los impedimentos de la empresa contratista. En consecuencia, las imputaciones formuladas no han sido corroboradas con pruebas idóneas que determinen la comisión del delito denunciado, ni la responsabilidad penal de los encausados. (R. N. N.° 2356-2002-Ucayali, *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N.° 71, 2004, p. 307)

9. PRECEDENTE VINCULANTE

Para efectos pedagógicos, creemos necesario reproducir el precedente vinculante del 11 de julio de 2017, debido a que recoge importantes consideraciones a tenerlas en cuenta por todos los operadores de justicia con el objetivo de hacer a la justicia penal más coherente y predecible:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
Casación N.° 661-2016-PIURA

SUMILLA: En el delito de colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado; es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad viene a ser la pericia contable, en tanto esta sea concreta y específica.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.—

VISTOS; en audiencia los recursos de casación interpuestos para desarrollo de doctrina jurisprudencial de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis N e p a l í Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta Ruesta de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 deCP); y Luis Alberto Granda Tume (por los incisos I y 3 del artículo 429 CPP). Así como los recursos de casación ordinaria de Aura Violeta Ruesta de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 CPP), contra la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis —fojas 666—. Interviene como ponente el señor Juez Supremo **PARIONA PASTRANA**.

HECHOS IMPUTADOS:

PRIMERO: Conforme a la acusación fiscal —fojas uno del Tomo— se atribuye a la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, a título de autor, ya los procesados José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, a título de coautores, y al procesado Edwar Fernando Barboza Nieto, a título de cómplice primario, la comisión del delito de colusión agravada, alternativamente delito de colusión simple, en relación al Convenio suscrito entre la Municipalidad Distrital de Castilla, el directorio de l/EPS Grau S.A. y dirigentes del Sector Nor Oeste de Castilla, para el financiamiento y ejecución de la obra denominada «Ampliación y Mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla». Asimismo, se atribuye a los p r o c e s a d o s José Castro Pistil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptali Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto G r a n d a Tume, a título de coautores, la comisión del delito de omisión de actos funcionales. Y, se imputa a Edwar Fernando Barboza Nieto, la comisión del delito de falsificación de documento público y uso de documento público falso, a título de autor.

SEGUNDO: Así, el once de mayo de dos mil once, la Municipalidad Distrital de Castilla expidió la Resolución de Alcaldía N.° 443-2011-MDC, aprobando el expediente técnico de la citada obra; por ello, el cinco de julio de dos mil once, la procesada Aura Violeta Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa, expidió la Resolución de Alcaldía N.° 628- 2011-MDC, designando al Comité Ad Hoc integrado por: José Castro Pisfil —Gerente de Desarrollo Urbano —, Nilton Ramos Arévalo —Sub Gerente— y Jimmy Silva Risco —Sul Gerente de Logística—. Asimismo, por Resolución de Alcaldía N.° 658-2011, del ocho de julio de dos mil once, la procesada Ruesta de Herrera, en su calidad de Alcaldesa, aprobó las Bases del Proceso de Licitación para la Adjudicación de la citada obra, con una inversión ascendente a US$31'000,000.00 dólares americanos. El once y dieciocho de julio, y el dos de agosto de dos mil once, el ciudadano Carlos Manuel Valdivia Vizcarra, hizo llegar a la procesada Ruesta

de Herrera (Alcaldesa) las cartas N.° CVV/MDC, N.° 201011, N.° KY/MDC, N.° 23-2011 y N.° CVV/MDC N.° 24-2011, respectivamente, sindicando que el citado proceso de licitación permitía la participación de consorcios con poca capacidad económica, exigiendo sin necesidad alguna la inclusión de un arqueólogo en nómina de quienes concursarían en la adjudicación de la obra. El cinco de agosto de dos mil once, el ingeniero Luis Ruiz Valencia, mediante Oficio N.° 39-2011- AMP, solicitó a la procesada (alcaldesa) la nulidad de la licitación, alegando la vulneración de derechos de otros postores y por el cobro por derecho de registro (S/2 000.00 soles); sin embargo, no se hizo nada al respecto. El diez de agosto de dos mil once, el Comité Ad Hoc procedió a integrar las Bases, consignadas en un acta en el SEACE, estableciendo los siguientes requisitos: l) el precio requerido, 2) la acreditación de un profesional de arqueología y un técnico automotriz, y 3) el no adelanto de dinero para la compra de materiales e insumos.

TERCERO: El diecisiete de agosto de dos mil once se realizó la presentación de propuestas de las empresas que compraron las Bases y se presentaron al referido Proceso de Licitación, y el Comité Ad Hoc adjudicó la obra al consorcio H & B, conformado por las empresas Gold Perú S.A., Gerald Contratistas Generales, A Constructora, y Moscol Contratistas. Posterior a la adjudicación de la buena pro, el ciudadano Ruiz Valencia solicitó a la Municipalidad Distrital de Castilla la nulidad del referido Proceso de Licitación, argumentando que el consorcio H &¡ B (empresa ganadora) presentó en su propuesta a un técnico automotriz (el procesado Billy Negrón Luna), cuya condición se sustentaba en título profesional falso; circunstancia que fue corroborada, toda vez que el Director del Instituto «Miguel Grau» de Piura, mediante Oficio N.° 1065-SA-DG-IESTP «AMG», comunicó a Luis Neptali Olivares Antón —Gerente de Administración y Finanzas de la Citada Municipalidad, que el título profesional de Negrón Luna era falso, porque aún se encontraba en trámite. Pese a ello, el nueve de setiembre de dos mil once, se suscribió el contrato entre la Municipalidad Distrital de Castilla, representada por Javier Enrique Salas Zamalloa —Gerente Municipal- y el consorcio H & B, representado por Edward Fernando Barboza Nieto, presentándose una carta fianza por la suma de S/2 893 888.00 soles, emitida por COOPEX.

CUARTO: El trece de octubre de dos mil once, mediante Acuerdo de Consejo N.° 042-2011-CDC, la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de alcaldesa, encarga a la Gerencia de Asesoría Jurídica, representada por el procesado Girón Gómez, que se pronuncie sobre la validez o nulidad del contrato suscrito con el consorcio H &B, solicitando acciones de control para solucionar dicha situación. El diecisiete de noviembre de dos mil once, el consorcio H&B, a través de la Carta N.° J039-2011-GA, solicita a la referida Municipalidad un adelanto de más de S/. 5'000,000.00 soles para la compra de materiales, adjuntando dos cartas fianzas emitidas por el Banco Continental, advirtiéndose que una vencía el veinticuatro de febrero de dos mil d o c e y la otra vencía el seis de diciembre de dos mil once; sin embargo, no se consignaban el nombre de todas las empresas que conformaban el consorcio H & B. Ante dicha circunstancia se emitieron los siguientes informes: 1) Informe N.° 04-2011 CCNME/MDC, suscrito por el ingeniero José Ulloque Rodríguez, representante de la empresa supervisora de la obra, señalando que según las Bases del contrato no cabía adelanto de dinero p a r a la c o m p r a de materiales; 2) Informe N.° 939-2011-MDC- GDUR, suscrito por José Castro Pisfil, quien refiere que el citado adelanto de dinero debería ser denegado, pero no lo rechaza en forma categórica; 3) Informe N.° 1139-2011-MDC-GAJ, suscrito por Pablo Girón Gómez, indicando que debía entregarse dicho adelanto de dinero, a fin de evitar el «costo social»; y 4) Informe N.° 18-2011-MDC-GT, emitido por el procesado Granda Tume, en su condición de Coordinador de la Obra, afirmando que el adelanto de dinero debía ser entregado. El dieciséis de diciembre de dos mil once , Salasamalloa — Gerente Municipal- y Barboza Nieto —representante del citado consorcio—, suscribieron la Adenda al mencionado contrato de ejecución de la obra, a fin de otorgar el adelanto del 20 % del total de la obra al consorcio H & B. Posteriormente, se emitió la Factura N.° 0001-0006, a nombre de la Municipalidad Distrital de Castilla, por la suma de S/5 787 776.00 soles, expidiéndose el Comprobante de Pago N.° 9674-2, a fin de proceder al pago mediante la Oficina de Tesorería.

I. ITINERARIO DEL PROCESO DE PRIMERA INSTANCIA

QUINTO: Luego de producido los debates orales, el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Pura, mediante

sentencia del primero de febrero de dos mil quince —fojas trescientos noventa y ocho—, falló: 1) absolviendo a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptali Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto 4 Granda Tume, por delito contra la administración pública, en su, modalidad agravada, en agravio de la Municipalidad Distrital d e Castilla; 2) absolviendo a los acusados Javier Enrique Salas Zamalloa, José Castro Pisfil, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Girón Gómez, Luis Nepalí Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume, por delito contra la administración pública, en la modalidad de omisión de actos funcionales, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; 3) absolviendo a los acusados Bili Negrón Luna, por delito contra la fe pública, en la modalidad de uso de documento público falso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla ; y 4) condenando a los acusados Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Milton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis /Neptali Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda+ Tume, como autores del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple —primer párrafo del artículo 384 CP—, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla; y 5) condenando al acusado Edwar Barboza Nieto, a título de cómplice primario, por delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Castilla.

I. ITINERARIO DEL PROCESO DE SEGUNDA INSTANCIA

SEXTO: Al impugnarse la sentencia de primera instancia, en sus extremos condenatorios, se elevaron los actuados a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Pura, q u e mediante sentencia la sentencia del seis de junio de dos mil dieciséis —fojas seiscientos sesenta y seis—, resolvió por unanimidad: 1) revocar la sentencia de primera ,instancia, en el extremo que condenó a Aura Violeta Resta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptali Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán, y Luis Alberto Granda Tume como autores

del delito contra la administración pública, en su modalidad de colusión simple; y, reformándola condenaron a Aura Violeta Ruesta de Herrera, José Castro Pisfil, Javier Enrique Salas Zamalloa, Jimi Silva Risco, Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, Pablo Javier Girón Gómez, y Tulio Ulixes Vignolo Farfán, como autores del delito contra la administración pública en su modalidad de colusión agravada; y, condenaron a Luis Alberto Grande Tume y Luis Neptali Olivares Antón, como cómplices secundarios del citado delito; 2)

declararon inadmisible la apelación interpuesta por el procesado Edwar /Fernando Barboza Nieto, en aplicación del inciso tercero del artículo 423 del Código Procesal Penal.

DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN:

SÉTIMO: Emitida la sentencia de vista, los procesados Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptali Olivares Antón —fojas ochocientos diecisiete—, Pisfil —fojas ochocientos veintisiete—, Pablo Javier Girón Gómez —fojas ochocientos cuarenta y dos—, Aura Violeta R e s t a de Herrera —fojas ochocientos ochenta—, Javier Enrique Salas Zamalloa-fojas ochocientos noventa y nueve—, Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo —fojas novecientos dieciocho—, y Edwar Fernando Barboza Nieto —fojas novecientos treinta y seis—, y Luis Alberto G r a n d a Tume —fojas novecientos cuarenta y cinco—, interpusieron sus recursos de casación, los cuales fueron elevados a este Supremo Tribunal.

OCTAVO: Por resolución del veinticuatro de noviembre de dos mil dieciséis —tojas ciento sesenta y cuatro del cuaderno de casación- esta Suprema Sala Penal declaró : 1) BIEN CONCEDIDO para desarrollo de doctrina jurisprudencial los recursos de casación interpuesto por Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptali Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gómez; Aura Violeta R e s t a de Herrera; Javier Enrique Salas Zamalloa; Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo (todos por el inciso 3 del artículo 429 CPP); y Luis Alberto Granda Tume (por los incisos 1y 3 del artículo 429 CPP); 2) BIEN CONCEDIDO el recurso de casación ordinaria de Aura Violeta R e s t a de Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa (ambos por la causal 4 del artículo 429 CPP); 3) INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto.

8.1. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público —con las partes que asistan—, conforme a los artículos 431, inciso primero, y artículo 425o, inciso cuarto, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Normatividad aplicable al presente caso

NOVENO: Previo a desarrollar los elementos objetivos del delito de colusión, es necesario establecer qué norma penal corresponde aplicar, pues debe advertirse que los hechos que se imputan a los recurrentes se suscitaron en el año dos mil once. Así, desde la entrada en vigor con el Código Penal de 1991, el artículo 384 que regula el delito de colusión ha sido objeto de diversas modificaciones. La primera modificación se efectuó en 1996, mediante Ley N.° 26713, publicada el veintisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que establecía: «Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años».

9.1. Asimismo, el diez junio de dos mil once, se aprobó la Ley N.° 29703, que modificó la ley anterior agregando el término «patrimonialmente»; así, precisó la norma: «Artículo 384.- El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera delas 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». Es de precisarse que la citada norma debe entenderse como inexistente, dado que mediante el Expediente N.° 00017- 2011-PI-TC del tres mayo de dos mil doce, fue declarado inconstitucional en el extremo que declara nulo y carente de todo efecto la expresión «patrimonialmente», siendo posteriormente modificada.

9.2. Por ello, el veintiuno de julio de dos mil once se publicó la Ley N.° 29758, que regula el delito de colusión en dos modalidades: «Colusión simple-primer párrafo» y «Colusión agravada-segundo párrafo»: 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 o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. 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».

9.3. Dicha modificación trajo consigo una nueva estructura típica del delito de colusión, que serán desarrollados en acápites posteriores. Debiendo precisarse q u e posterior a esta modificatoria, el delito de colusión sufrió algunas modificatorias orientadas a determinar la pena de multa e inhabilitación. Así, se tiene la Ley N.° 30111, del 26 de noviembre de 2013, y el D. Leg. N.° 1243 del 2 2 de octubre de 2016.

DÉCIMO: Conforme a los hechos materia de análisis el delito de colusión que se Imputa a los recurrentes, conforme el apartado de la presente ejecutoria, se inició el 8 de julio de 2011 con la emisión de la resolución de Alcaldía N.° 658-\2011-MDC, mediante la cual la procesada Ruesta de Herrera, en su condición de Alcaldesa , aprueba las bases del proceso de licitación para la adjudicación de la obra. En ese sentido, la norma vigente al momento de los hechos habría sido el tipo penal de colusión regulado en la Ley N.° 29703, publicada el 10 junio de 2011; sin embargo, como se precisó, la citada regulación fue declarada inconstitucional, configurándose como inexistente. Así, la ley vigente al 8 de julio de 2011 sería el tipo de colusión regulado en la Ley N.° 26713.

DÉCIMO PRIMERO: En esa línea, el tipo penal de colusión regulado en la Ley N.° 26713, no distingue —como es en la actualidad— entre

colusión simple o agravada, por lo que la materialización de un perjuicio patrimonial como criterio de configuración del ilícito de colusión se desarrolló a nivel de la jurisprudencia. Así, se advierte diversa jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal donde pese a la ausencia de un perjuicio patrimonial concreto se daba por configurado el injusto de colusión, pues se entendía que la expectativa normativa que protegía el delito de colusión era el correcto funcionamiento de la esfera de la Administración Pública; por tanto, «defraudar al Estado» no debía entenderse exclusivamente como una mera disminución del patrimonio del Estado, siendo suficiente la producción de un¡ perjuicio potencial o peligro de perjuicio. [Vid. al respecto el fundamento N.° 3.4 del R. N. 2617-2012 del 22 de enero de 2014; fundamento jurídico N.° 3.1.2 del R. N. 1199-2013 del 06 de agosto de 2014]. En ese sentido, independientemente de perjuicio patrimonial, el delito de colusión se configuraba con la materialización del acuerdo colusorio con potencialidad de defraudación, considerando muchas veces la existencia de un perjuicio patrimonial solo como un criterio para la determinación judicial del a pena.

DÉCIMO SEGUNDO: Conforme a lo señalado, se puede advertir que con la norma vigente al Tiempo de la comisión del acto delictivo —Ley N.° 26713— el delito de colusión sancionaba con una pena de 3 a 15 años, independientemente del perjuicio patrimonial que pueda existir. Sin embargo, al haberse emitido posteriormente la Ley N.° 29758 que regula una nueva estructura típica del delito de colusión —simple y agravada— la cual prevé que en el supuesto que no exista un perjuicio patrimonial se configura el acto como una colusión simple, cuya pena privativa de libertad puede ser de 3 a 6 años. Estando a ello, se tiene que la Ley N.° 29758 es una norma más favorable-por tanto, es de aplicación al caso el principio de retroactividad b e n i g n a[1] , en virtud al inciso1 1 del artículo 139 de la Constitución y e l artículo 9 de la Convención Americana de

(1) «El principio de retroactividad benigna significa que un hecho se retrotrae a los efectos de la ley vigente durante la determinación de la sentencia que es más favorable que la ley que estaba vigente al momento de la comisión del hecho». Cfr. Villavicencio Terreros. *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2013, p. 175.

Derechos Humanos—, pues en caso exista un a c u e r d o colusorio p e r o no un perjuicio patrimonial la sanción a imponer tendrá un límite máximo de 6 años de p e n a privativa de libertad. Estructura típica del delito de colusión

DÉCIMO TERCERO: El delito de colusión, previsto en la Ley N.° 29758 —que en su sustrato típico establece lo mismo que la modificación actual, regula dos supuestos:

1) Colusión simple y 2) Colusión agravada; el primero establece que «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su c a r g o ,en cualquier e t a p a 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 o entidad u organismo+ del Estado, según ley, (.)»; mientras que el segundo señala: «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 (...)».

DÉCIMO CUARTO: Debe precisarse que en ambos supuestos el núcleo del comportamiento típico es defraudar al Estado mediante la concertación con los interesados en los procesos de contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios para el Estado. En ese sentido, el marco para el acuerdo defraudatorio —colusión— es el ámbito de la contratación pública. Así también lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 18 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, recaída en el Exp. N.° 0017-2011-PI/TC, en la cual señala que: «(...) El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública (...)».

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, la diferencia q u e existe entre colusión simple y agravada, estriba en que «si la concertación es descubierta antes que se defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del

legislador será agravada»[2]. Así, la colusión simple se consuma con la sola concertación, sin necesidad que la administración pública sufra perjuicio patrimonial ni q u e se verifique la obtención de ventaja del funcionario, pues el peligro de afectación al patrimonio estatal es potencial, siendo suficiente que la conducta colusoria tenga como propósito defraudar. Mientras que para configurarse la colusión agravada es necesario que, mediante concertación con los interesados, se defraude patrimonialmente al Estado, esto es, causando perjuicio real o efectivo al patrimonio estatal.

DÉCIMO SEXTO: Además, es de precisar que la colusión simple exige para su (concurrencia dos elementos típicos: a) la concertación ilegal entre el funcionario público y el particular interesado, y b) el peligro potencial para el patrimonio estatal, generado por tal concertación ilegal. Así, la modalidad simple de colusión constituye un delito de peligro potencial, pues exige una aptitud lesiva de la conducta —«para defraudar»—. Por ello, es necesario que el juez compruebe en el caso concreto ese elemento de peligrosidad típica o idónea de la conducta para producir un determinado efecto. En los delitos de peligro potencial, la imposibilidad de afectar el bien jurídico excluye, por tanto, la tipicidad de la conducta[3].

DÉCIMO SÉPTIMO: Así también, en la colusión agravada se requiere que el agente perjudique o defraude de modo efectivo el patrimonio del Estado, es decir, se trata de un delito de resultado lesivo, donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues aquí se exige la efectiva lesión o perjuicio al patrimonio del Estado —desvalor de resultado—. Ahora bien, una prueba idónea que permite establecer el perjuicio patrimonial concreto en una determinada entidad es la pericia contable, en tanto sea concreta y especifica. La importancia de la pericia contable para determinar la efectiva afectación del patrimonio estatal ha sido resaltada en la jurisprudencia del Corte Suprema; así, se estableció en la Casación N.° 1105-2011/SPP —fundamento jurídico N.° 7— que señala: «la necesidad de una prueba directa como el informe pericial contable para establecer

(2) Vid. Salinas Siccha, R. *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Grijley, 2011, p. 251.

(3) Vid. Recurso de Nulidad N.° 341-2015 de fecha 04 de noviembre de 2015.

el perjuicio patrimonial en el delito de colusión». C. La complicidad en el delito de colusión

DÉCIMO OCTAVO: Para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión es necesario primero recordar que esta suprema Corte ya se ha pronunciado en la sentencia de casación N.° 367-2011/Lambayeque, respecto a los grados de intervención delictiva en la complicidad, señalando que «3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. 3.11. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. (...). 3.12. La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta— objetivamente típica-también puede ser imputada subjetivamente».

DÉCIMO NOVENO: Conforme a lo citado —énfasis en lo resaltado—, las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice —primario o secundario— son acciones anteriores o simultáneas a la comisión del hecho delictivo perpetrado por el autor(4). En ese sentido, las acciones posteriores a la comisión del delito pese a ser reprochables no pueden ser considerados parte del delito precedente.

VIGÉSIMO: Como ya ha señalado esta Corte Suprema —véase fundamento jurídico 28 de la Casación N.° 841-2015— la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Siendo este el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público

(4) Cfr. García Cavero, P. *Derecho penal. Parte general.* 2.ª ed. Lima, 2012, p. 712.

con deberes especiales (intraneus); y, de otro lado, la participación del interesado extraneus: sujetos sin deberes especiales) para el perfeccionamiento del delito; un ejemplo claro de lo citado es el delito de colusión, pues es un delito de participación necesaria.

VIGÉSIMO PRIMERO: En ese sentido, el partícipe (cómplice) en el delito de colusión solo podrá ser aquel que designe el propio tipo penal. En el supuesto del delito de colusión, regulado en el artículo 384 CP, el cómplice será, conforme a la norma, el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Así, no se podrá hablar de complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público para defraudar al Estado.

D. De la reparación Civil

VIGÉSIMO SEGUNDO: El derecho a la debida motivación de las resoluciones en el derecho penal ampara los autos y las sentencias. En ese sentido, previo a la emisión de una sentencia penal, el desarrollo de las audiencias se concentra en el análisis de la pretensión penal y civil de la causa que se debate, toda vez que el objeto de este proceso es doble: penal y civil —véase Acuerdo Plenario N.° 06-2006/CJ-116, fundamento jurídico sexto; más aún si «nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el proceso penal (...) [por lo que, esta] acumulación de la acción civil al proceso penal, responde sencillamente a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho» —véase Acuerdo Plenario N.° 05-2011/CJ-116, fundamento jurídico decimo-; por tanto, una sentencia penal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad penal y civil del procesado, pues solo así se estaría cumpliendo y respetando el derecho a la debida motivación de las resoluciones penales.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

A. Recurso de casación de Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Neptali Olivares Antón

VIGÉSIMO TERCERO: El imputado Tulio Ulixes Vignolo Farfán fue condenado como autor del delito de colusión agravada, pues conforme se advierte de la resolución recurrida —véase a fojas 709—, el imputado en su calidad de sub Gerente de Tesorería tenía la labor de control de las cartas fianzas; sin embargo, no controló que la carta fianza emitida por COOPEX, otorgada por el consorcio H&B no estaba autorizada ni avalada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, tampoco cauteló la vigencia de las cartas fianza del Banco Continental que no consignaban los nombres de los integrantes del consorcio H&B, conformado por varias empresas, y en caso de un reclamo o demanda de la entidad no se hubieran podido ejecutar con eficacia.

VIGÉSIMO CUARTO: De lo señalado se puede advertir claramente que los hechos que se imputan a Vignolo Farfán no encajan en la configuración típica del delito de colusión —simple o agravada—. Debe recordarse que este tipo penal 1 4 solo puede ser ejecutado por el funcionario público que en razón de su cargo o de su comisión especial, interviene en la operación defraudatoria (véase R. N. N.° 2617-2012, fi. 3.4). Siendo esto así, no se advierte cómo pueden las acciones imputables a Vignolo Farfán configurar el delito imputado, pues el cargo que ostentaba dentro de la municipalidad no le permitió intervenir en la contratación pública; más aún si se debe apuntar que las acciones imputadas al recurrente son posteriores a la emisión de las Bases o a la firma del contrato y su Adenda —acciones que conforme a la acusación serían manifestaciones de un acuerdo colusorio—; no existiendo vinculación típica. Por lo que, corresponde su absolución por delito de colusión.

VIGÉSIMO QUINTO: Respecto al procesado Luis Nepalí Olivares Antón, conforme a la resolución recurrida —fojas 710 .fj 49—, se le imputa ser cómplice secundario del delito de colusión agravada, pues en su calidad de Gerente de Administración y Finanzas habría tenido injerencia en la función de clasificar y revisar la documentación contable, e intervino en la cancelación de la suma otorgada como adelanto para materiales a la empresa H&B, a pesar de tener conocimiento de que éste había sido un requisito no establecido en el contrato de ejecución de obra.

VIGÉSIMO SEXTO: Se debe advertir que el citado imputado, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Si bien se afirma en la

sentencia recurrida que el recurrente participo en la cancelación del adelanto solicitado por la empresa H&B; no obstante , ello era propio de su función como Gerente de Administración y Finanzas, debiendo advertirse que al tiempo del accionar que se imputa al presente recurrente ya existía una adenda en el contrato que permitía el adelanto para la compra de materiales. Por tanto, los hechos imputados al recurrente, no se encuentran subsumidos en el tipo penal de colusión, correspondiendo su absolución. Recurso de casación de Pablo Javier Girón Gómez

VIGÉSIMO SÉTIMO: Conforme a la resolución cuestionada el recurrente Girón Gómez habría incurrido en el delito de colusión agravada, a título de autor, en la medida que fue el Gerente de Asesoría Legal del municipio, Y su intervención fue fundamental para la concesión de la Adenda al contrato de ejecución, pues emitió el informe N.° 1139/2011-MDC-GAJ del 15 de diciembre de 2011 que fue el sustento para la suscripción de la Adenda que permitía el adelanto a la empresa H&B.

VIGÉSIMO OCTAVO: El accionar que se imputa al recurrente no se subsume en el Tipo penal de colusión, pues el imputado ostentaba un cargo mediante el cual n o se podía intervenir en una contratación pública. Asimismo, como se desprende de la acusación fiscal, su accionar fue posterior a la emisión de Bases, incluso posterior a la celebración del contrato. Por último, se debe considerar que conforme al fundamento jurídico N.° 15 de la sentencia recurrida —fojas 683— se señaló que el 14 de diciembre de 2011 Javier Enrique Salas Zamalloa, Gerente Municipal, formuló el memorándum N.°.713-20121-MDC.GM dirigiéndose al Gerente de Administración y Finanzas indicándole que previa presentación de garantías se proceda a atender el adelanto de materiales solicitado.

VIGÉSIMO NOVENO: Es decir, el informe emitido por Girón Gómez independientemente de sus recomendaciones o conclusiones —favorables a que se suscriba la Adenda y se permita el adelanto solicitado—, no influenciaron en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que el informe se emitió un día después de que mediante memorándum se ordenara proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado. Por tanto, corresponde absolver al imputado de los cargos atribuidos.

C. Recurso de casación de Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo

TRÍGESIMO: Ambos recurrentes fueron condenados como autores del delito de colusión agravada, pues fueron integrantes del Comité Especial que llevó a cabo el concurso público, quienes redactaron las bases del concurso estableciendo requerimientos técnicos específicos sin haber realizado previamente un estudio de mercado para determinar la exigencia de tales requisitos, asimismo establecieron en dichas bases que no se efectuaría adelantos para desincentivar la participación; logrando que solo se presente el consorcio H&B. Por tanto, los imputados habrían generado barreras artificiales para direccionar las bases a un determinado postor. Estas barreras artificiales son la exigencia de profesionales con particulares especialidades —arqueólogo, ingeniero ambiental—, el costo de las bases (S/. 2 000.00 soles) y el requisito de que no se darían adelantos.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Al respecto, se debe afirmar que los imputados independientemente de los cargos que ocupaban en la municipalidad, en los hechos concretos que se les imputa se desempeñaron como miembros de un Comité Especial que tenía como función la elaboración de las Bases y la organización, conducción y ejecución del proceso de selección, hasta que la Buena Pro quede consentida o administrativamente firme, o se cancele el proceso de selección —véase a más detalle el artículo 24 del Reglamento de la ley de contrataciones; asimismo, la normativa precisa que el Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley, y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable —artículo 25 del citado reglamento—.

TRIGÉSMO SEGUNDO: En ese sentido, en el caso concreto es advierte que las bases elaboradas por el Comité Especial fueron cuestionadas razonablemente: i) primero, por las especificaciones que se requerían en ciertos profesionales, las cuales en función de la obra a realizar resultaban Innecesarios —véase al respecto la declaración de Valdivia Vizcarra, consejero Municipal, citado en la sentencia a fojas 409—, generando con ello un indicio razonable de

direccionamiento. i) En segundo lugar, se cuestiona haber consignado en las bases la prohibición de adelantos, buscando con ello disuadir la participación de demás postores; ,y en efecto, si bien más de un postor adquirió las bases de la licitación pública, no obstante, solo un postor se presentó —el consorcio H&B—, generándose así un indicio más de que se había direccionado las bases a un determinado postor; por último, se debe señalar que posterior a la firma del contrato, el procesado Castro Pisfil —quien fue miembro del Comité Especial— emite el Informe N.° 0939-2011-MDC-GDUR el 12 de diciembre 2011, refiriendo que por cuestiones de emergencia social debía admitirse el otorgamiento de un adelanto —véase a fojas 450 citado en la resolución recurrida—, y, si bien el citado hecho es posterior a la existencia y vigencia de funciones del Comité Especial, sin embargo, refuerza la imputación respecto a que éste direccionó las bases a una empresa determinada.

TRIGÉSIMO TERCERO: A lo largo de primera y segunda instancia se ha probado y motivado razonablemente que el delito de colusión se manifiesta en la emisión de bases y requisitos cuestionables —en el marco de la obra a realizar—, a fin de beneficiar a un determinado postor. Lo señalado, solo es manifestación de la configuración del delito de colusión, en su modalidad simple, ya que no se ha probado objetivamente un daño de carácter patrimonial al Estado.

TRIGESIMO CUARTO: Se puede advertir de los fundamentos jurídicos N.° 40 y 41 de la resolución recurrida —fojas 704- que la Sala entendió como perjuicio típico del delito de colusión agravada el desembolso de dinero efectuado por la (Municipalidad Distrital de Castilla, en virtud de la adenda realizada. Al respecto, debe precisarse que en virtud de la citada Adenda lo que se efectuó fue un adelanto —véase artículo 38 del Reglamento de la Ley de Contrataciones— lo cual correspondía ser descontado del pago final que se efectuaría a la empresa. Por tanto, no existe prueba objetiva que determine que el adelanto brindado no haya sido descontado del pago final.

TRIGÉSIMO QUINTO: Por último, el perjuicio generado, típico del delito de colusión agravada, no puede ser identificado con el riesgo que se crea al infringir un deber funcionarial. La norma exige que el perjuicio que se genere al Estado sea de carácter patrimonial, y como tal debe encontrase probado fehacientemente mediante

pruebas de carácter objetivo —ejemplo: pericia contable, véase fundamento jurídico 17 de la presente ejecutoria—. En el caso concreto no se ha demostrado el citado perjuicio patrimonial; por lo que, no se puede hablar de un delito de colusión agravada, sino de un delito de colusión simple.

G. Recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume

TRIGÉSIMO SEXTO: Conforme a la resolución recurrida —véase fojas 710— se imputa al recurrente Granda Tume la comisión del delito de colusión agravada, a título de cómplice, pues éste se desempeñaba como «Coordinador de obra" y fue contratado mediante contrato de consultoría para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento a los informes que requería el Ministerio de Vivienda y además para que realice coordinaciones c o n el supervisor de obra, siendo el autor del Informe N.° 18-2011-MDC-GT-CO del 15 de diciembre de 2011, donde opina que corresponde efectuar el pago por concepto de adelanto para la compra de materiales, solicitado por el consorcio H&B, colaborando así dolosamente con el delito.

TRIGÉSIMO SÉTIMO: A efectos de analizar la situación jurídica del presente recurrente es necesario remitirnos a los fundamentos jurídicos décimo noveno 'y vigésimo de la presente ejecutoria donde se precisa que solo podrá ser cómplice del delito de colusión aquel que esté especificado en el mismo tipo penal; en ese sentido, conforme a la redacción del delito de colusión —artículo 384 CP— solo podrá ser cómplice el particular que concierta con el funcionario público para defraudar o defraudare al Estado. Así, en el presente caso la conducta imputada al procesado Granda Tume —véase considerando anterior— no es la de concertar ilícitamente con el funcionario público, lo que en primer término generaría que su conducta sea atípica.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Asimismo, debe precisarse que el accionar que se imputa al recurrente es la elaboración de un informe que justificaría la necesidad de brindar un adelanto —que estaba prohibido en las bases; sin embargo, el citado informe N.° 18-2011-MDC-GT-CO fue emitido el 15 de diciembre de 2011; es decir, fue expedido posterior a la concretización del pacto colusorio —que como se señaló se efectivizó con la emisión de bases; asimismo, el citado

informe fue posterior al memorándum N.° 713-2011-MDC-GM del 14 de diciembre de 2011 —un día antes del citado informe— donde se permite brindar el adelanto del dinero solicitado. Es decir, las acciones imputadas al recurrente no solo son posteriores a la materialización del delito, sino que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar o no el adelanto cuestionado. Por tanto, al estar trente a un extraneus, q u e no tiene la facultad de materializar los actos típicos del delito de colusión, corresponde por tanto su absolución.

VII. EFECTOS EXTENSIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

TRIGÉSIMO NOVENO: En el presente caso se ha dilucidado que los hechos que se imputan, solo a determinados procesados, configuran el delito de colusión, en su modalidad simple, en tanto no se ha acreditado un perjuicio de carácter patrimonial. En ese sentido, dicha interpretación a nivel de la Corte Suprema¡ conforme a lo señalado en la Casación vinculante 421-2015, que en su fundamento jurídico N.° 33, que dice: «Conforme lo señalado, si bien en la sección pertinente a la regulación del recurso de Casación, no se regula el supuesto de hacer extensiva la resolución casatoria a aquellos computados no recurrentes; realizando una interpretación integrada del artículo 408 inciso I CPP, establecido dentro de los preceptos generales de los medios impugnativos, sumado al fin dikelógico de que busca cumplir el recurso de casación, cabe precisar la obligatoriedad de la Sala Suprema respecto a hacer extensiva una resolución casatoria —positiva— a aquellos computados que no recurrieron en casación; y, que inclusive no hicieron uso del a garantía de la pluralidad de instancias, apelando su sentencia». 39.1. Ello debe ser extendida en virtud del artículo 408, inciso 2, CP a los demás procesados del caso concreto que no hayan accedido a la presente instancia extraordinaria; nos referimos en el caso concreto a los procesados José Castro Pisfil y Edwar Fernando Barboza Nieto, quienes fueron condenados a nivel de segunda instancia como autor y cómplice primario respectivamente— del delito de colusión agravada.

IV. DECISIÓN:

Por estos fundamentos declararon por unanimidad: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los recurrentes: Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Nepalí Olivares Antón; Pablo Javier Girón Gó-

mez; Jimi Silva Risco y Nilton Ramos Arévalo y Luis Alberto Granda Tume (todos por el inciso 3 del artículo 429 CPP). **INFUNDADO** el recurso de casación de Luis Alberto Granda Tume (solo por el inciso I del artículo 429 CPP). **CASARON** la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis —fojas 666— **SIN REENVIO** actuando en sede de instancia revocaron la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Pablo Javier Girón Gómez, Luis Neptali Olivares Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume; y, Reformándola **ABSOLVIERON** a los citados imputados por el citado delito. IV. **ORDENARON** respecto a los citados procesados se elimine sus antecedentes penales, y **ORDENA** la inmediata libertad de Tulio Ulixes Vignolo Farfán que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva e m'a n a d a de autoridad judicial competente. Asimismo, se **ORDENA** el levantamiento de orden de captura que pesa sobre los imputados. Asimismo, **SIN REENVÍO** y actuando en sede de instancia confirmaron la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, les impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta. VI. **CASARON** de oficio la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis que condenó a José Castro Pisfil y la sentencia integrada del catorce de junio de dos mil dieciséis que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto por efecto de recurso extensivo en aplicación del artículo 408 inciso I del Código Procesal Penal. VII. **SIN REENVÍO** y en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a José Castro Pisfil como autor del delito de colusión simple a 4años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años. **CONFIRMARON** la propia sentencia que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto como cómplice primario del delito de colusión simple a 4 años; y, por delito contra la fe pública, en su modalidad de uso de documento falso, a 2 años de pena privativa de libertad; computándose en total 6 años de pena privativa de libertad efectiva. Antón, Tulio Ulixes Vignolo Farfán y Luis Alberto Granda Tume; y, Reformándola **ABSOLVIERON** a los citados imputados por el citado delito. IV. **ORDENARON** respecto a los citados procesados se elimine sus antecedentes penales, y

ORDENA la inmediata libertad de Tulio Ulixes Vignolo Farfán que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanada de autoridad judicial competente. Asimismo, se **ORDENA** el levantamiento de orden de captura que pesa sobre los imputados. Asimismo, SIN REENVIO y actuando en sede de instancia confirmaron la sentencia de primera instancia, en el extremo que condenó como autores del delito de colusión simple a Jimi Silva Risco y Nilton Carlos Andrés Ramos Arévalo, les impuso 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta. VI. **CASARON** de oficio la sentencia de vista del seis de junio de dos mil dieciséis que condenó a José Castro Pisfil y la sentencia integrada del catorce de junio de dos mil dieciséis que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto por efecto de recurso extensivo en aplicación dèl artículo 408 inciso I del Código Procesal Penal. VII. **SIN REENVÍO** y en sede de instancia **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia que condenó a José Castro Pisfil como autor del delito de colusión simple a 4años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de 2 años. **CONFIRMARON** la propia sentencia que condenó a Edwar Fernando Barboza Nieto como cómplice primario del delito de colusión simple a 4 años; y, por delito contra la fe pública, en su modalidad de uso de documento falso, a 2 años de pena privativa de libertad; computándose en total 6 años de pena privativa de libertad efectiva. VIII. Respecto de Aura Violeta Resta De Herrera y Javier Enrique Salas Zamalloa se ha producido discordia conforme a los votos que se adjuntan; debiendo llamar al Magistrado habilitado dirimente. **ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante, los fundamento Jurídicos DECIMO QUINTO a DECIMO SÉPTIMO, de la presente ejecutoria, los cuales hacen referencia al delito de colusión —simple y agravada—. MANDARON** su publicación en el diario oficial *El Peruano* y en el portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron. XI. **ORDENARON** se de lectura de la presente sentencia casatoria en audiencia pública. Hágase saber.

PARIONA PASTRANA, NEYRA FLORES, CALDERON CASTILLO, SEQUEIROS VARGAS, FIGUEROA NAVARRO

§ 11

PATROCINIO ILEGAL DE INTERESES PARTICULARES

1. TIPO PENAL

Este delito sancionado en el artículo 385 CP no estaba regulado en el derogado. En la legislación comparada, los supuestos que etiquetamos como patrocinio ilegal de intereses particulares son de escasa tipificación como hecho punible. No obstante, el contenido del tipo penal es como sigue:

> **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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

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. De la redacción de la fórmula

legislativa, se desprende que el verbo rector *patrocinar* no se limita solo al ámbito judicial, sino se extiende a toda la administración pública.

El delito de patrocinio ilegal se configura con la concurrencia copulativa de los siguientes elementos objetivos:

A. Patrocinar

El término se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, esto es, se exige la verificación de actos concretos, de manera personal o a través de cualquier medio (un tercero, por teléfono, mediante un escrito, etc.), que impliquen una intervención, no siendo suficiente el simple asesoramiento sin intervención ante la Administración Pública. Los actos de amparar o patrocinar intereses de particulares ante la administración pública no se reduce a simples consejos, ilustración, pareceres o asesoramiento no vinculante que puede muy bien realizar cualquier funcionario o servidor público, sino por el contrario, se refiere a actos de defender, representar o interceder por sí mismo o por intermedio de terceros, intereses debidos o no debidos de particulares ante la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 296). Se exige la verificación de actos concretos ante la instancia 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 (Abanto Vásquez, 2003, p. 323). El verbo rector «patrocinar» es sinónimo de defender, asesorar o la acción de abogar, litigar (Maita Dorregaray, 2014, p. 741).

En un hecho concreto que la realidad presenta, ejecutoria suprema del 7 de mayo de 1998, la Suprema Corte se ha pronunciado de modo atinado en los siguientes términos:

> Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385 CP, pues dicho tipo penal requiere que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración 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. (Exp. N.° 6315-97-Lima, Rojas Vargas, 2005, p. 656)

El patrocinio puede ser formal o explícito (alegatos, peticiones) o disimulado acompañando por ejemplo a los procesos, formulando pedidos a los encargados de los despachos, tomando conocimiento de medidas reservadas, etc. El patrocinio puede ser gratuito o remunerado, no interesa que se haga para conseguir un provecho patrimonial para sí mismo o para un tercero, por lo que es indiferente cualquier tipo de beneficio, como también resulta irrelevante el resultado positivo o negativo del patrocinio.

B. Intereses de particulares ante la administración pública

El sujeto público debe concurrir en la defensa 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, la misma que no se reduce o circunscribe solo a lo económico.

El patrocinio puede realizarse o abarcar todas las esferas y niveles en sentido lato de la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 295), sea en el ámbito judicial, en el legislativo, en el gubernamental, etc. Asimismo, es indistinto que el patrocinio sea desventajoso o ventajoso para los intereses estatales, porque 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 determinada empresa del ramo resulta ventajosa e idónea para la entidad estatal, ya que 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.

Los funcionarios y servidores públicos han de guiar su actuación según la esfera axiológica, al asumir la investidura pública tienen el deber de servir a la comunidad. Por tanto, el funcionario o servidor público encargado de una determinada labor solo debe considerar los intereses generales para que la administración funcione con eficiencia, así como dejar de lado cualquier interés subalterno tendiente a distorsionar la tarea pública, por ello se penaliza esta conducta que superpone los intereses privados sobre los estatales.

Este tipo penal 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 le permite la ley. También resulta irrelevante la finalidad o el móvil que impulse al funcionario a patrocinar un interés privado.

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.

Esta conducta supone la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales. El objetivo de la norma penal es evitar que el sujeto público 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 concertación 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. En este último caso, la responsabilidad penal como partícipe del particular patrocinado queda descartada.

Los favorecidos con los actos de patrocinio del agente público siempre serán terceros. Si en un caso concreto se llega a verificar que

el patrocinio que realizó el agente fue en procedimientos propios, el delito no se configura.

Finalmente, por la redacción de la fórmula legislativa, la conducta solo se realiza por comisión. Es imposible que se realice por una conducta omisiva. En efecto, no es posible patrocinar, abogar o defender guardado silencio o actos omisivos. Tales actos requieren siempre un hacer por parte del sujeto público.

C. Valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público

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. Valerse del cargo implica hacer prevalecer la condición especial de sujeto público. El agente actúa abusando del cargo público que ostenta. El agente, conociendo de su condición especial, utiliza tendenciosa o abusivamente de sus calidades en el orden social para privilegiar a particulares que bien pueden ser personas particulares o jurídicas (Rojas Vargas, 2002, p. 296; Abanto Vásquez, 2003, p. 326). La ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2001 (R. N. N.° 1054-2001-Lima, Urquizo Olaechea, 2005, p. 636), tiene claro este aspecto al considerar 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».

Los actos de patrocinio indebido que desarrolla el agente público están dirigidos hacia otro funcionario o servidor público que eventualmente tiene dentro de sus atribuciones o funciones resolver algún asunto o conflicto del particular a quien pretende ayudar el sujeto activo. Aun cuando en ciertos casos puede darse, no se exige que en el conflicto a resolver intervenga el Estado como parte.

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.

Lo que se sanciona penalmente es el aprovechamiento de la calidad poseída por el funcionario o servidor público. Valerse del cargo es hacer prevalecer la calidad e investidura poseída (privilegios y posicionamientos, jerarquía, rango o relaciones).

Sin duda, valerse del cargo también implica presentarse en su condición de funcionario o servidor público para obtener facilidades, ventajas, en los trámites ante la administración pública y los procesos judiciales, entre los cuales se encuentra la celeridad y obtención de permisos de salida (MAITA-DORREGARAY, 2014, p. 741).

Un caso real, donde se verificó todos estos elementos objetivos, fue ventilado en el sistema anticorrupción que aplica el Código Procesal Penal de 2004. Allí se confirmó la sentencia condenatoria por el delito de patrocinio ilegal, asimismo se alegó que se ha probado que el acusado:

> En su condición de Secretario General el imputado despachaba con el testigo Saba varias veces por semana, y teniendo conocimientos sobre el tema de hidrocarburos, el sentenciado le informaba a dicho testigo (su patrocinado) sobre los avances de su proceso, más aún, si el propio sentenciado inclusive ha afirmado que el despacho se producía diariamente, confirmándose con ello la versión del imputado, en cuanto a que en tales reuniones citaban también a la abogada de Saba —Alicia Canelo Dávila—, y trataban sobre el caso judicial de dicho testigo, sobre las estrategias legales a seguir en el proceso penal 107-2008. De todo lo cual se concluye que el imputado utilizó la información privilegiada con la que contaba debido al cargo de secretario general de Perupetro S.A., para ejercer la defensa de los intereses particulares del testigo Saba, en el proceso penal que este último afrontaba. (Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, 30 de mayo 2012, Exp. N.° 21-2011-06).

2.1. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico protegido es el normal y recto desenvolvimiento de la administración pública, en tanto que el bien jurídico protegido específico lo constituye el prestigio, la imparcialidad y el decoro de la administración pública (Casación N.° 230-2011-Lima, 10 de octubre de 2011), tratando de que los poderes e investiduras 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 (Rojas Vargas, 2002, p. 294). Por su parte, el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 322) enseña que el objeto del bien jurídico directamente atacado consiste en el desempeño de funciones normal, imparcial y libre de presiones de otros funcionarios.

2.2. Sujeto activo

No estamos ante un delito especialísimo en el cual el sujeto activo o agente debe tener alguna condición especial concreta. Solo estamos ante un delito especial. En efecto, solo se exige que el agente del delito de patrocinio ilegal tenga la condición de funcionario o servidor público. En otras palabras, cualquier funcionario o servidor público puede ser agente del delito en hermenéutica jurídica. En un hecho concreto no es necesario verificar la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Así no se verifique la relación funcional, el delito en hermenéutica igual se configura.

Rojas Vargas (2002, p. 294) y Abanto Vásquez (2003, p. 275) enseñan que la norma no requiere una clase determinada de funcionario o servidor. Por lo mismo, puede tratarse de cualquier funcionario o servidor en ejercicio de sus funciones (parlamentarios, jueces, fiscales, ministros, alcaldes, regidores, directores de educación, etc.)

2.3. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado. Los particulares en absoluto pueden ser sujetos pasivos de este delito.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura del contenido de la fórmula legislativa, se concluye que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia del agente. El sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, actúa conociendo que tiene impedimento de patrocinar intereses de particulares, no obstante, voluntariamente, desarrolla la conducta que sabe bien está prohibida. Es un delito de comisión solo por medio de dolo directo (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 326), no es suficiente la comisión por dolo eventual. El profesor Rojas Vargas (2002, p. 297), por su parte, enseña que resulta suficiente el dolo eventual en la comisión de este delito.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Es lugar común en la doctrina peruana considerar que, al tratarse de un delito de peligro, de mera actividad o de emprendimiento, se perfecciona con la simple realización de los actos de patrocinio prohibidos. A efectos de la consumación, no importa si ello se verifica con éxito o no, con beneficio patrimonial o no para el sujeto activo (ROJAS VARGAS 2002, p. 297; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 326).

Al constituirse en un delito de mera actividad o de emprendimiento, no es posible que el hecho punible se quede en el grado de tentativa. Siendo así, no es de recibo lo que pretende enseñar Rojas Vargas (2002, p. 297), quien considera que se pueden presentar formas de tentativa en la medida en que los actos típicos no ingresen efectivamente a la esfera de competencia de la administración pública.

5. PENALIDAD

Una vez que el agente público es encontrado responsable, luego de transcurrido el debido proceso penal, aquel será sentenciado a pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, unido a ello la respectiva inhabilitación.

§ 12

EXTENSIÓN DE LA PUNIBILIDAD A PERITOS, ÁRBITROS Y CONTADORES, TUTORES, CURADORES Y ALBACEAS

1. TIPO PENAL

En nuestra normativa penal, el tipo penal 386 tiene su antecedente más cercano en el segundo párrafo del artículo 345 del derogado Código de 1924. No obstante, en el actual texto punitivo tiene el siguiente contenido:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Para la aplicación práctica del contenido del tipo penal 386, debemos considerar que estamos ante dos supuestos distintos: el primero cuando se trata de colusión simple o agravada, y el segundo cuando aparece el patrocinio ilegal. Veamos por separado cada uno de estos supuestos.

2.1. Colusión

Aparece la figura delictiva de colusión, en primer término, cuando en forma dolosa los peritos, árbitros y contadores particulares defraudan al Estado o entidad u organismos del Estado, concertándose con los interesados respecto de los bienes de la administración pública en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen por razón de su cargo o comisión especial.

De igual modo, se configura el delito de colusión cuando en forma dolosa los tutores, curadores y albaceas defraudan al Estado, entidad u organismos del Estado, y se concerta con los interesados respecto a la tasación, adjudicación o partición de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias en los cuales intervienen por razón de su cargo. El término «testamentarias» hace alusión a la situación legal en la que los bienes de la masa hereditaria se hallan en un estado de latencia temporal en poder de los albaceas, quienes tendrán que actuar diligencias para ejecutar la voluntad del testador (Rojas Vargas, 2002, p. 304).

2.2. Patrocinio ilegal

Este delito se configura cuando en forma dolosa el sujeto activo que tiene la condición especial de perito, árbitro o contador particular, 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 respecto de los bienes de la administración pública en cuya tasación, adjudicación o partición interviene.

En el otro extremo, se configura el delito de patrocinio ilegal cuando con conocimiento y voluntad el tutor, curador o albacea, 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, respecto de los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias.

En la doctrina nacional, erróneamente se argumenta que en la práctica es difícil encontrar la posibilidad de que se configure el delito de patrocinio ilegal, respecto de los sujetos activos señalados en el tipo

penal 386. Rojas Vargas (2002, p. 305) considera que constituye un acto de forzamiento hermenéutico hacer equiparable la conducta del funcionario o servidor público que patrocina indebidamente intereses de particulares ante la administración pública a los actos de los peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores o albaceas, por lo que concluye que debe eliminarse la referencia al artículo 385. Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 330), siguiendo a Rojas Vargas, simplemente señala que no es posible la figura.

Es difícil y no común que se presenten estos supuestos en la práctica judicial; sin embargo, ello no justifica ni explica en forma razonable que se sugiera su eliminación del catálogo penal. Caso contrario, habría que sugerir también que el delito de genocidio se elimine del Código Penal, debido a que en la práctica es muy escasa o no común su aplicación.

Asimismo, es escasa su aplicación en la práctica judicial, pero es totalmente posible que un perito, árbitro o contador particular, por ejemplo, haciendo prevalecer su condición especial defienda, ampare, apoye, gestione intereses, de ciudadanos particulares ante cualquier estamento de la administración pública respecto de los bienes de la administración pública en cuya tasación, adjudicación o partición interviene.

Por otro lado, de la forma de redacción del tipo penal 386 se concluye que los sujetos activos que se precisan en forma taxativa pueden realizar por sí solos o con la concurrencia de otros funcionarios o servidores públicos los delitos de colusión desleal o patrocinio ilegal. El delito lo pueden realizar aquellos sujetos por sí solos. En consecuencia, no es tan cierto que la actuación de los peritos, árbitros o contadores públicos, por ejemplo, estén vinculados necesariamente a los actos de otros funcionarios que se conciertan para defraudar al Estado. En ese sentido, no es de recibo lo expresado por Rojas Vargas (2002, p. 305), al enseñar que los sujetos enunciados en el tipo penal serán objeto de imputación por los delitos de colusión defraudatoria y patrocinio ilegal por la vinculación ilegal de sus actos con los del funcionario que se concierta para defraudar al Estado o que patrocina ilegalmente (aplicación o extensión de conductas vinculables y penalidad correspondientes).

2.3. Sujeto activo

A efectos del artículo 386 CP, solo pueden ser autores, agentes o sujetos activos del delito aquellas personas que tienen la condición de perito, árbitro, contador particular, tutor (ejerce tutela de menores cuya patria potestad no ejercen los padres), curador (ejerce el cuidado y protección de un adulto declarado incapaz) o albacea (persona encargada de hacer cumplir la última voluntad del testador).

Nadie más puede ser sujeto activo. Pero no puede ser cualquier perito, árbitro y contador particular sujeto del delito en hermenéutica, sino aquellos que tengan relación con los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen. De igual modo, no pueden ser autores del delito en comentario cualquier tutor, curador y albacea, sino aquellos que tengan relación o implicancia con los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias.

3. PENALIDAD

Por un lado, en caso de que el delito investigado y juzgado sea colusión, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de veinte años.

Por otro lado, si el delito investigado y juzgado es patrocinio ilegal y el agente es encontrado responsable, luego de transcurrido el debido proceso penal, aquel será sentenciado a pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas, unido a ello la respectiva inhabilitación.

§ 13

PECULADO

1. CUESTIÓN PREVIA

Para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario insistir que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la citas bibliográficas de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387 CP es diferente a los tipos penales de los códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son **apropiarse** y **utilizar**, mientras que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es **sustraer**. Igual, el artículo 432 CP español utiliza el verbo rector **sustrajere**. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado e indica que comete este delito «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones [...]».

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como sí existe en el Código Penal peruano.

Ello sustenta aún más nuestra posición: al analizar el contenido de nuestro Código Penal y pretender aplicarlo al caso concreto debemos tomar como referencia principal la doctrina y jurisprudencia

peruana, caso contrario, caemos en tremendos errores al pretender hacer interpretación de la ley nacional con comentarios que hacen los juristas foráneos de sus propios códigos penales. En tal sentido, las citas a los autores argentinos, españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solamente para efectos de hacer Derecho penal comparado. Esto es lo que pretende enseñar el profesor Hurtado Pozo (1987, p. 380) cuando precisa que, si bien las obras foráneas son indispensables para tener una idea cabal de la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal, no se deben dejar de tener presente los estudios referentes al derecho nacional, a fin de dar continuidad al esfuerzo de estructurar una doctrina que sea el resultado del análisis del derecho propio.

Sin embargo, ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Esta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer cómo está legislado en otros países el tema que se trate y orientar el conocimiento del derecho penal a la universalización de sus conceptos centrales. Pero en tanto ello no llegue, debemos tener bastante cuidado al momento de interpretar y aplicar la norma penal a la realidad socioeconómica del Perú.

En ese orden de ideas y como cultura general en derecho penal, resulta trascendente indicar que el término «peculado» proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. Entonces, etimológicamente significa «hurto de ganado» (Mir Puig, 2000, p. 276). En Roma, cuando el ganado era el bien más preciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término *peculado* para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos (Rojas Vargas, 2002, p. 315). Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

2. TIPO PENAL

En nuestro sistema penal, el antecedente más reciente del tipo penal 387 lo constituye el artículo 346 del derogado Código Penal de 1924. El texto original del citado tipo penal del Código de 1991 fue

modificado por la polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada inmediatamente en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. El contenido de la formula legislativa, luego fue objeto de modificación por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Luego, el 22 de octubre de 2016, fue objeto de una nueva modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243. Finalmente, por la ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021, se volvió a modificar el tipo penal. El actual tipo penal tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.**
>
> **La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:**
>
> 1. **El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.**
> 2. **Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.**
> 3. **El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.**
> 4. **El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.**
>
> **Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.**

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

3. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal 387 regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa simple, dolosa agravada y culposa.

Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se **apropia o utiliza**, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón o debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

Estos conceptos aparentemente sencillos generan en la doctrina y en la práctica jurisprudencial vivas discusiones como veremos enseguida al analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que requiere el delito de peculado. Primero analizaremos los elementos del peculado doloso, luego veremos los elementos que exige la norma penal para la configuración del delito de peculado culposo.

3.1. Modalidades del delito de peculado doloso

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el «apropiarse» y «utilizar», se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización del caudal o efecto público.

3.1.1. Peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El autor obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados o presupuestados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio (ABANTO VÁSQUEZ, 2005, p. 342). Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas Vargas (2002, p. 335) argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento (ROJAS VARGAS, 2002, p. 336).

En el sistema español prefieren referirse al delito con la etiqueta de «malversación» en lugar de «peculado». Precisan que la modalidad de sustraer o apropiación ha de entenderse en un sentido amplio y comprensivo de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos de la esfera pública y colocarlos en la esfera privada del agente y hacerlos propios (Mir Puig, 2000, p. 298).

Como ejemplo de esta modalidad, cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003:

> Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de un omnibus, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento. (Exp. N.° 2337-2001-Lima, Rojas Vargas, 2005, p. 321)

3.1.2. Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el sujeto público no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del efecto o caudal público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. El profesor Rojas Vargas (2002, p. 336) enseña que utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el ánimo o intención de servirse del bien.

Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública (Abanto Vásquez, 2003, p. 344). Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que «la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero» (R. N. N.° 3632-2004-Arequipa, San Martín Castro, 2006, p. 619).

En la sentencia casatoria del 19 de octubre de, se da cuenta de un caso de peculado por utilización. En efecto, al resolver una excepción de improcedencia de acción, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció razonablemente lo siguiente:

> En el caso, se atribuye a la encausada Sonia Elizabeth Zuta Pacheco en calidad de extraneus, ser cómplice primaria en su condición de presidenta de la Asociación Regional de Cesantes y Jubilados ARCIJE J y haber hecho el aporte necesario para que se configure el delito de peculado de uso, pues teniendo conocimiento que debería realizar el trámite de cesión de uso del inmueble, ante el Ministerio de Educación, acudió indebidamente ante el Director Regional de Educación de Junín, buscando beneficiar a la Asociación privada que representa, conducta que se encuentra tipificada en el artículo 387 CP... La modalidad de peculado por utilización, implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo, para regresarlo luego a su esfera pública. En el caso que nos ocupa, a la encausada se le entregó un bien público en uso, el mismo que pertenece al Centro Educativo Estatal de Menores N.° 13595, del Ministerio de Educación, inscrito en la ficha 15805 de la oficina registral de Huancayo, circunstancia que provoca perjuicio económico desde que se pierde aun cuando fuera temporalmente la disponibilidad sobre el mismo, entonces el hecho así imputado a la encausada Sonia Elizabeth Zuta Pacheco, constituye delito, y de llegarse a probar sería justiciable penalmente. (Sentencia Casatoria N.° 814-2015-Junín)

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 CP encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387 CP. Sin embargo, la diferencia es notoria con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388.

Es común en la doctrina nacional (Rojas Vargas, 2002, p. 337; Abanto Vásquez, 2003, p. 343) considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia. A partir de la lectura del tipo penal, se concluye que el agente, muy bien, con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda de que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 CP.

Pueden presentarse dos supuestos. Primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, mientras que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público.

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

> El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. (Fd. 7 del Acuerdo Plenario N.° 4-2005, 30 de septiembre de 2005)

En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública. Rojas Vargas (2002, p. 336), al referirse a este aspecto, con razón, argumenta que esta forma de legislar implica un exceso de penalización, con lo que se afecta el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal.

La tajante diferencia en la materialización de las conductas sirve para sostener con propiedad que el juez, al momento de graduar o individualizar la pena concreta, decidirá imponer mayor pena privativa de libertad al autor de peculado por apropiación que al que solo se limitó a utilizar los efectos o caudales públicos.

3.2. Perjuicio patrimonial

La configuración del delito de peculado exige que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. En efecto, en la ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, se argumenta lo siguiente:

> En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración

> pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal. (Exp. N.° 3858-2001-La Libertad, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 346)

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. En ese sentido, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta:

> Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por lo tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito. (N.° 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente)

La importancia de la pericia valorativa resulta del hecho de que, según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de estos y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal (ROJAS VARGAS, 2002, p. 347).

Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo «perjuicio patrimonial», la conducta será irrelevante penalmente por atípica.

Siendo esta la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios Alvarado (2010), quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta lo siguiente del peculado:

> [E]s un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, debido a las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio «patrimonial» no es exigible para la configuración de este ilícito penal. (p. 174)

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionado en el artículo 387 CP, si no concurre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial al Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido, pues, como se verá más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica, sino solo es el objeto del delito de peculado. El bien jurídico se constituye en deberes o principios que guían la labor de los sujetos públicos dentro de la administración pública, de ahí que sea común en la doctrina penal y jurisprudencia señalar que el delito de peculado es un delito de infracción de deber.

3.2.1. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?

El tipo penal 387 no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igualmente se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 1990 (Exp. N.° 808-90-Callao, *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia*, T. LXXVIII, 1993, p. 141) se argumentaba que «el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta».

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 (Exp. N.° 1141-90-Loreto) prescribe que «por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal».

Según ejecutoria suprema mucho más reciente, de fecha 13 de enero de 2004:

> [E]n nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos —peculado— no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos. (Exp. N.° 3682-2002-La Libertad, SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 738)

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ (ingresado al Congreso el 3 de agosto 2010), propuso modificar el contenido del artículo 387 CP para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 UIT para el doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales para el culposo), como se advierte en la exposición de motivos del citado proyecto:

> El sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado.

Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores.

> Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen del 13 de abril de 2011, sobre el citado proyecto de ley, señaló que la Corte Suprema con su propuesta estaría «propiciando o induciendo a apropiaciones pequeñas» ... De ser así, donde queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial... el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilizaciones de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico... En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias.

No esta demás mencionar que este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N.° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011.

Ante tal revés, la Suprema Corte retrocedió, como se observa en la exposición de motivos de un Segundo Proyecto de Ley (N.° 4898/2010-PJ), ingresado al Congreso de la República el 4 de julio de 2011:

> En atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio... como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva... se ha considerado necesario

> fijar un monto como supuesto de grave perjuicio... La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida.

En suma, en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

3.3. Destinatarios de la apropiación

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como «para el otro», que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso contrario sería autor del hecho si se verifica que tiene relación funcional con el objeto del delito, o en su caso, si no hay relación funcional será cómplice del delito.

En consecuencia, en el fundamento séptimo del Acuerdo plenario N.° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005 se precisa que «el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero».

La utilización del término «otro" significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se

haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas (ROJAS VARGAS, 2002, p. 339).

El «otro» de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción, si se verifica que el otro fue el que hizo nacer en el agente la voluntad criminal; o por receptación, o el grave delito de lavado de activos.

3.4. Relación funcional

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo debido al cargo que tiene asignado dentro de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio. Rojas Vargas (2002, p. 331) con propiedad enseña que si el agente se apropiara o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita.

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña dentro de la administración estatal. Debe concurrir una tenencia a su cargo, que significa tener los fondos públicos a su cuidado o procura (estar encargado de ellos). O mejor, tener a su cargo ha de entenderse como hallarse obligado a dar cuenta o razón de ellos (MIR PUIG, 2000, p. 300), de acuerdo a los títulos de administración, custodia o percepción que tenga.

Incluso puede ser autor de peculado la más alta autoridad de la República como es el presidente como ocurrió en el caso judicializado que da cuenta la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2011 (R. N. A.V.

33-2003-9-Lima) que confirmó la sentencia condenatoria a Fujimori Fujimori por el delito de peculado entre otros. Allí se argumentó que

> «cuando fue presidente de la República, tenía como atribución constitucional administrar la Hacienda Pública, conforme al artículo 118 apartado 17 de la Constitución Política del Perú; esa atribución origina una relación funcional con los fondos públicos, que por razón de la más alta jerarquía atribuye un deber positivo de administrar los fondos del Estado; en ese sentido, advertimos que la imputación realizada por el representante del Ministerio Público, sí se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso, pues imputa al encausado haber dispuesto de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público para objetivos ilícitos y políticos».

En igual sentido se pronunció la ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 (R. N. A.V. 23-2001-09-Lima-caso quince millones de dólares) que confirmó la sentencia condenatoria del ex-presidente por el delito de peculado doloso por apropiación.

Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional de los mismos. Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005. En el fundamento sexto se prescribe:

> «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 lo 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».

En el mismo sentido tenemos la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente del 24 de febrero de 2014 (R. N. N.° 287-2013-Puno). Allí en el considerando cuarto se sostiene que

> «la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionado debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la Ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como son los reglamentos-ROE. Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud de los deberes o atribuciones, habiendo, por lo tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente».

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas (Alcócer Povis, 2005, p. 97).

En tanto que Abanto Vásquez (2003, p. 337) enseña que 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. El funcionario incompetente solo podría cometer delitos contra la propiedad. En parecido sentido Amoritti Pachas (2007, p. 223).

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. No le falta razón a Abanto Vásquez (2003, p. 338), cuando enseña que el

bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

3.5. Relación funcional de hecho

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto de que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos. «El funcionario de facto ejerce funciones en forma lícita, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley» (Abanto Vásquez, 2003, p. 360). La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica. Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento. En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 (Exp. N.° 2007-2001-Santa, Salazar Sánchez, 2004, p. 289) se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que

> «al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos [de] que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso».

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesinos que da cuenta la ejecutoria suprema del 14 de noviembre 2003 (R. N. N.° 1813-2003-Lima, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.° 7, 2006, p. 490). En efecto, por Resolución Suprema N.° 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la administración pública. Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del ex-Presidente de la República, Alberto Fujimori, participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela, los mismos que fueron funcionarios del ahora desactivado SIN, al tiempo que Montesinos Torres ejercía de facto la función de administrador de los fondos públicos destinados al SIN, quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, «todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente» (R. N. N.° 1813-2003-Lima). De tal modo —sigue argumentando la ejecutoria— que

> «el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que, al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor».

En esta línea de interpretación, el Tribunal Constitucional por sentencia del 23 de noviembre 2004 (Exp. N.° 2758-2004-HC/TC-Lima) señaló que

> «si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos 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 CP».

En este proceso, Luis Bedoya de Vivanco interpuso hábeas corpus alegando que «se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito». El TC por mayoría declaró infundado el recurso, indicando además que, conforme a lo señalado en la sentencia cuestionada, en el caso sí se configura el delito de peculado.

En contra de esta interpretación, Amoretti Pachas (2007, p. 233), analizando el Acuerdo Plenario N.° 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que «no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe». Parecido posición hace el profesor García Cavero (2022, p. 35). Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de Montesinos del nada menos presidente de la República[5], al tener bajo

(5) Amoretti Pachas considera que Montesinos no debió ser condenado por el delito de peculado, debido a que los funcionarios de facto o de hecho no pueden ser sujetos activos de tal delito, (2007, pp. 235 y ss). Este planteamiento tiene su explicación en el hecho que el autor citado participó en el proceso defendiendo a Bedoya de Vivanco y como es natural, en todo momento argumentó que su patrocinado no podía ser cómplice del delito de peculado, debido a que Montesinos al ser un funcionario de facto no podía ser autor de peculado.

su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados al interior de la administración pública. Se impone el principio de supremacía de la realidad. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

El planteamiento de Amoretti Pachas tiene sentido solo en el supuesto de que un extraño o particular a la administración asuma de facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien, como llegó a acreditarse en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público remunerado.

3.6. Caudales o efectos

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387 CP.

Se entiende por caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero (Rojas Vargas, 2002, p. 341).

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387 CP, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por **caudal** a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la administración pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el **utilizar** o **apropiarse,** es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles. Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda. En el mismo sentido Rojas Vargas (2002, p. 341) y el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 348).

En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional (Rojas Vargas, 2002, p. 341; Abanto Vásquez, 2003, p. 349; Amoretti Pachas, 2007, p. 225) entender que **efectos** es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 (Exp. N.° 4174-96-Junín, Rojas Vargas, 1999, p. 668) se argumenta que «los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat».

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia debido a estar administrándolos.

En suma, en el fundamento séptimo del Acuerdo Plenario N.° 4-2005 emitido el 30 de septiembre de 2005, se ha establecido como precedente vinculante que los caudales son bienes en general de con-

tenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Por su parte, la Convención Interamericana Contra la Corrupción no hace la diferencia entre caudales o efectos, simplemente en su artículo primero se refiere a «bienes», los mismos que son definidos como los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

3.7. Percibir, administrar y custodiar

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas debido al cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes debido a sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos (Rojas Vargas, 2002, p. 334).

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real, en relación con un recaudador que perfecciona el delito de peculado:

> [D]e las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición ...; se acredita además la consumación

> del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado. (Exp. N.° 524-2002-Tumbes, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 234)

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002:

> Existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándoselos, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos. (Exp. N.° 26-2001-Cusco, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 251)

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 353). No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos porque es el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el bien público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos debido o a razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo (ROJAS VARGAS, 2002, p. 334).

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico, denominado por el legislador en el tipo penal: **custodiar**, que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público

(Rojas Vargas, 2002, p. 335; Abanto Vásquez, 2003, p. 353). Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

Abanto Vásquez (2003, p. 354), siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos.

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N.° 4-2005, en los siguientes términos: la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Hemos de precisar que tal criterio vinculante ha sido invocado en las ejecutorias supremas siguientes: del 3 de marzo de 2010 (R. N. N.° 260-2009-Loreto), del 11 de marzo de 2010 (R. N. N.° 4481-2008-Junín) y del 15 de setiembre de 2010 (R. N. N.° 1886-2009-Lima).

3.8. ¿El gasto sin que luego se rinda cuentas de los viáticos recibidos por el agente público, constituye peculado?

Para responder la interrogante es necesario precisar primero en qué consisten los viáticos. Estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación —desayuno, almuerzo y cena— hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio[6]. La condición es que el favorecido

(6) Véase: la Ley N.° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N.° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).

debe rendir cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados (Barrios Alvarado, 2010, p. 174). Criterio interpretativo citado en la ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 (R. N. N.° 997-2014-Tacna).

De modo que, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. El beneficiario del viático se convierte en administrador de ese monto para gastarlo en su directo beneficio personal en tanto realiza la comisión encomendada en bien de la administración pública. En tal sentido, es discutible la doctrina legal establecida en el fundamento 45 del Acuerdo Plenario N.° 7-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre de 2019 que estableció:

> Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

Es cierto que el viático se recibe por transferencia en disposición, pero una vez que entra en posesión del beneficiario, este se convierte en un administrador del mismo, pues sabe que tiene que gastarlo responsablemente en su beneficio al tiempo que realiza la comisión y solo en movilidad, alimentación y hospedaje. No tiene autorización libre para disponerlo para fines diferentes. O quizá puede hacerlo, pero para efectos de la administración no son reconocidos como gasto.

El beneficiario, administra y gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto de que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, prese8iintando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil. Lo normal —y así está previsto en la ley— es que la propia administración lo descuente de su remuneración previo requerimiento. El Estado no pierde o no debiera perder el monto del viático no justificado.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que luego del requerimiento no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica, pueden presentarse hasta cinco supuestos fácticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente *trabaja*. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.
2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego, sin realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.
3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge (por ser él mismo administrador de los fondos, por ejemplo) una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.

4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.
5. Cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea) simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito con la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado. En efecto, el primer supuesto no configura el delito de peculado. Como ya hemos expresado, para que se perfeccione el peculado es necesario que el agente, previamente y de mutuo propio con ánimo de lucro, separe el efecto o caudal de la esfera pública de custodia y protección para pasarlo a su esfera privada de protección en forma definitiva (modalidad de apropiación) o pasarlo a su esfera privada de protección y darle una aplicación privada temporal (modalidad de utilización). Así se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte cuando en la ejecutoria suprema del 23 de septiembre de 2008 (R. N. N.° 889-2007-Lima) precisó que «este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero». También en la ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015 (R. N. N.° 997-2014-Tacna).

Situación que de modo alguno ocurre cuando se trata del supuesto en que el sujeto público recibe los viáticos. Estos son entregados por la administración al funcionario o servidor. Este los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia y protección) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de estos a condición de rendir luego cuentas sobre lo gastado. El monto que corresponde a los viáticos, el

sujeto público de mutuo propio no los separa de la administración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino que la propia administración los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso muchas veces en contra de la voluntad del sujeto público (piénsese en los supuestos en que el funcionario o servidor público, por la razón que fuere, no quiere realizar el servicio y solo lo hace para evitar problemas laborales en su centro de trabajo). En consecuencia, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública para pasarlo luego a la esfera privada del agente, no es posible que se perfeccione el delito de peculado.

La jurisprudencia se viene orientando en este sentido. En efecto, en las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 (R. N. N.° 260-2009-Loreto; R. N. N.° 4481-2008-Junín), 15 de septiembre de 2010 (R. N. N.° 1886-2009-Lima) y 26 de marzo de 2015 (R. N. N.° 997-2014-Tacna), que declararon haber nulidad en las sentencias recurridas y reformándola, absolvieron a los acusados del delito de peculado:

> Los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal.

Por otro lado, la institución pública de que se trate, al entregar al sujeto público los viáticos para sus gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. En cambio, en los supuestos de administrar o custodiar el dinero pertene-

ciente a la administración pública que exige el tipo penal de peculado del 387 CP, el sujeto público tiene la obligación legal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en propio y directo beneficio de la administración pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal. En consecuencia, por este extremo tampoco es posible que se configure el delito de peculado.

En esa línea en el fundamento 49 del Acuerdo Plenario N.° 7-2019/CIJ-116 de setiembre de 2019 se ha dejado establecido como doctrina legal lo siguiente:

> Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Peor aun cuando ni la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos.

Sin embargo, si pretende rendir cuentas con documentos falsos será autor solo del delito contra la fe pública.

En el **segundo supuesto**, se perfecciona el delito de peculado cuando el agente público, sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos, recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja y rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado —pues, como ya hemos expresado, los viáticos son entregados al sujeto público para que los gaste en alimentación, alojamiento y movilidad al realizar la comisión de servicios—. Para ello, el agente tiene que trasladarse a localidad o lugar diferente al que labora con la finalidad de efectuar la comisión. Si ello no ocurre por el motivo que sea, ni devuelve a la administración lo recibido y, por el contrario, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se lo apropia, estaremos ante la comisión del delito de peculado. Si bien es cierto que el agente público ha recibido el viático para que los adminis-

tre o custodie en su directo beneficio personal, también es cierto que esa administración o custodia del dinero y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada. Si no se realiza la comisión de servicio, cualquier gasto significa apropiación de los dineros públicos y, por lo tanto, el peculado se verifica.

La ejecutoria suprema del 23 de septiembre de 2008 (R. N. N.° 889-2007-Lima) declaró no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Fernando Guiglino Rosas como autor del delito contra la administración pública —peculado y contra la fe pública—, falsificación de documentos y falsedad genérica en agravio del Estado, toda vez que se había determinado que el sentenciado en su condición de jefe de Auditoría de Indeci físicamente no realizó comisiones a las ciudades de Pucallpa, Tacna, Huánuco, Cerro de Pasco, Arequipa, Puno y Ancash; no obstante, presentó diversas rendiciones de cuentas de viáticos sustentadas con documentos falsos. Igual supuesto de hecho es objeto de la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2010 (R. N. N.° 2665-2008-Piura), en la cual declarando no haber nulidad de la sentencia, se argumenta que el acusado García Gallo en el cargo de Ejecutor Coactivo de la municipalidad agraviada solicitó autorización de viaje a la ciudad de Lima con la finalidad de efectuar gestiones propias del cargo que ostentaba, así como requirió el pago de mil quinientos soles por concepto de viáticos por un plazo de diez días; que posteriormente no presentó la rendición de cuentas respectiva ni efectuó el informe sobre la gestión encomendada, motivo por el cual fue destituido del cargo y procesado por peculado. Aquí, al parecer, el acusado nunca realizó la comisión de servicio para cuyo efecto solicitó y se le entregó un monto de dinero por concepto de viáticos.

Si unido a ello aparece que con la finalidad de sorprender a la administración el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública. Es factible el concurso real de delitos: peculado con un delito contra la fé pública.

En ese sentido, consideramos que la doctrina legal establecida en el fundamento 42 del Acuerdo Plenario N.° 7-2019/CIJ-116, no es la más razonable. En efecto, allí se estableció que «cuando la diligencia

o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió del dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad». Esto significa que, cuando el sujeto público que recibió el viático con la finalidad de realizar una comisión, y este simplemente no lo realiza ni devuelve el monto recibido (se lo apropia), según la doctrina legal, no habría apropiación de fondo público. Podemos convenir que, por los principios de mínima intervención y fragmentación (que son principios esenciales del derecho penal), la no rendición de viáticos no debe ni puede constituir delito, pero de modo alguno tales principios pueden servir como escudos para alegar que una conducta evidentemente típica de peculado quede sin sanción.

En el **tercer supuesto**, esto es, cuando el agente público que tiene relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe sino él mismo coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o lugar donde trabaja y luego de realizado el servicio no rinde cuentas, tampoco se verifica el delito de peculado, toda vez que el agente coge determinado monto de dinero por concepto de viáticos con la finalidad de realizar una comisión de servicios, la misma que realiza, es decir, administra o custodia los viáticos en su directo beneficio personal al tiempo que realiza la comisión en beneficio directo, se entiende, de la administración pública. La simple omisión de rendir cuentas de modo alguno genera el delito de peculado por no concurrir los elementos objetivos antes indicados. Pero claro, ante la omisión responderá administrativa y civilmente. Es más, la administración tiene abierta la posibilidad, si así lo considera pertinente, de recuperar el monto del viático no justificado descontando de sus remuneraciones al funcionario o servidor.

Hay que reiterar que en el Acuerdo Plenario N.° 7-2019/CIJ-116 se ha dejado establecido como doctrina legal que para determinar la imputación es necesario determinar qué pasó con la comisión, «si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal».

Respecto al **cuarto supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos de mutuo propio coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o del lugar de trabajo y sin que la realice, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, el delito de peculado también se verifica en concurso real con el delito contra la fe pública. En efecto, aquí el sujeto público que tiene relación funcional con los dineros del Estado de mutuo propio coge y dispone del dinero por concepto de viáticos, alegando realizar una comisión de servicios fuera de la localidad donde trabaja, sin embargo, luego se verifica que nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas fiscales, lo dispone en su directo beneficio personal, configurándose de ese modo los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. Si luego aparece que, con la finalidad de sorprender a la administración, el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública.

En lo que corresponde al **quinto supuesto**, esto es, cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales y acto seguido, con la finalidad que la entidad le reembolse, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, configura sin duda alguna el delito de peculado. Ello es así debido a que el sujeto público, sabiendo bien que no ha realizado servicio de comisión alguna, o sabiendo que no tiene cómo rendir cuentas ante la institución al no haber realizado comisión alguna, dolosamente se agencia de documentos falsos para hacer que la administración le reembolse. Desde el inicio, el agente tiene la intención y animus de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos supuestos para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, perjudicando de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado. Verificada la presentación de documentos falsos, el peculado concurrirá con el delito contra la fe pública.

En otro extremo, también resulta discutible la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario N.° 7-2019/CIJ-116 que precisó:

> Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

No hay duda alguna de que el sujeto público, cuando pretende justificar los viáticos recibidos con documentos falsos o espurios, realiza un delito contra la fé pública; pero, además, realiza el delito de peculado por apropiación, pues toda su conducta esta dirigida a quedarse con el monto recibido en calidad de viático, sin que la administración se haya beneficiado con la comisión encomendada pues esta nunca se realizó. Consideramos que una apropiación de fondo público evidente no puede soslayarse.

De todo lo expuesto, queda claro que no toda omisión de rendición de cuentas configura atipicidad del delito de peculado. Es necesario para ello identificar principalmente que el sujeto público haya cumplido con la comisión encomendada; verificado ello, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción administrativa (Barrios Alvarado, 2010, p. 177; Cáceres Julca, 2012, p. 57).

3.9. Agravantes del peculado doloso

El artículo 2 de la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021 modificó el tipo penal 387 CP e introdujo circunstancias que aumentan la reprochabilidad del agente para los autores del delito de peculado doloso, pues se dispone que la pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, cuando concurra cualquiera de los

siguientes supuestos: a. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella, b. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo, c. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional y d. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT.

3.9.1 El autor del peculado actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella

Aquí se prevé hasta tres circunstancias: que el autor de la apropiación o utilización del patrimonio del Estado actúe como integrante de una organización criminal; que el autor actúe como persona vinculada a una organización criminal, o que el autor del peculado actúe por encargo de la organización criminal. La diferencia entre las tres agravantes salta a la vista. En el primer supuesto, el agente pertenece o forma parte de una organización criminal del tipo que prevé el primer párrafo del artículo 317 CP, en tanto que en los otros dos supuestos el agente del peculado es un ajeno a la organización, por ende, no pertenece a ella.

La agravante solo se configura cuando el autor del peculado es integrante de una organización criminal. No tipifica la conducta de los integrante de una banda criminal que prevé el artículo 317-B CP. Entonces solo se trata de grandes organizaciones criminales, mas no de las pequeñas, que en nuestro sistema jurídico penal reciben el nombre de «banda criminal». En ese sentido, si luego de concluida la investigación del delito de peculado se determina que el autor solo actúo como integrante de una banda criminal, su conducta solo podrá ser sancionada como peculado simple.

Una persona puede estar vinculada a una organización criminal cuando, por ejemplo, le provée armas, vehículos o alimento a los integrantes de la organización con la finalidad de que esta cumpla sus fines. En el último supuesto, el agente del peculado no está vinculado a la organización criminal, sino que actúa porque la organización cri-

minal le ha pedido que lo haga a cambio, por ejemplo, de un porcentaje de las ganancias de la apropiación, o también a cambio de protección personal o a los miembros de su familia, etc. Lo importante es tener en cuenta que, en estos dos supuestos, el agente no forma parte de la organización criminal. Si en el caso en concreto, luego de la investigación del delito de peculado se llega a la conclusión de que el personaje central es integrante de la organización, los hechos se tipificarán en el primer supuesto de la agravante.

Esto último es importante considerarlo, para efectos de la graduación o individualización de la pena a imponer. Por ejemplo, a un vinculado no será posible imponerle los 15 años que prevé la ley; en cambio, al autor del peculado que actúo como integrante de la organización criminal será posible imponerle el máximo de pena prevista en la ley penal.

3.9.2 Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo

El artículo 387 CP prevé también que el peculado será agravado y, por lo tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice caudales o efectos públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado o con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión *programas de apoyo social* hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos (Rojas Vargas, 2002, p. 350).

El Estado peruano tiene diversos programas de apoyo, inclusión y desarrollo social, entre los que podemos mencionar tenemos: en el Ministerio de Salud, el Seguro Integral de Salud (SIS); en el Ministerio

de Desarrollo e Inclusión Social, el Programa de Complementación Alimentaria (PCA), Programa Contigo, Programa Juntos, Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, Programa Nacional Cuna Más; en el ministerio de Educación, el Programa de Becas y Crédito Educativo (PRONABEC), Beca 18, Beca Casos sociales, beca generación Bicentenario; en el ministerio de MiVivienda construcción y Saneamiento, el Programa de Techo Propio, Programa de Nuevo Crédito MiVivienda; en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (AURORA); en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Programa del Centro de Asistencia Legal Gratuita (ALEGRA), etc.

Aparece la agravante cuando el funcionario encargado de administrar, custodiar o percibir los caudales o efectos de los programas sociales, o cuando el sujeto público se apropia o utiliza en su beneficio los bienes destinados a atender las emergencias sociales decretadas.

También aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados al programa del vaso de leche al programa beca 18. De un caso típico de peculado agravado da cuenta la ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001:

> La conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social. (R. N. N.° 2104-2001-Cajamarca, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 359)

A efectos de la agravante, los programas con «fines asistenciales» o los programas de «apoyo social» tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la ejecutoria del 19 de mayo de 2004:

es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada —entre otras, en el área de salud— ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional. (R. N. N.° 2664-2003-Arequipa, Ávalos Rodríguez-Robles Briceño, 2005, p. 296)

En suma:

> El delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado debido a sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; y d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien, a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra. (Sentencia del 9 de junio de 1998. Exp. N.° 219-98- Camaná, Armaza Galdos-avala Toya, 1999, p. 84)

Estos tres últimos casos que dan cuenta los precedentes jurisdiccionales citados, con la entrada en vigor de la modificación al artículo 387 CP ocurrida por la ley N.° 31178, serían sancionados con pena privativa de libertad que oscila entre ocho y quince años.

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

Se configura el peculado agravado y, por tanto, la pena privativa de libertad puede llegar a quince años, cuando el sujeto público responsable de la administración, custodia o percepción de los bienes para hacer frente a una calamidad pública o emergencia sanitaria (por ejemplo, la COVID-19) se aprovecha de tales circunstancias para apropiarse o utilizar en su beneficio el patrimonio del Estado.

Asimismo, se configura la agravante cuando por la comisión del delito de peculado se compromete o pone en serio riesgo la defensa, seguridad o soberanía nacional. Por ejemplo, cuando el sujeto público encargado de administrar los fondos para adquirir armas para nuestras Fuerzas Armadas, se apropia de los fondos públicos.

En nuestro país, la agravante se justifica:

> [L]os actos de corrupción vienen trayendo graves consecuencias a la administración pública, dado que se distrae ingentes cantidades de recursos destinados a la atención de los servicios públicos (salud, educación, vivienda, trabajo, construcción, entre otros) ocasionando con ello, la reducción del crecimiento económico y atentando la calidad de vida de todos los peruanos, especialmente de las personas en condición de vulnerabilidad. (Proyeto de Ley N.° 4953/2020-CR, ingresado al Congreso el 30 de marzo de 2020)

3.9.4 El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT

Ya con la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011 se introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias. Esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera los 10 UIT.

La ley N.° 31178 de abril de 2021, solo viene a reiterar la agravante con el agregado que la sanción penal puede llegar a quince años.

Bien sabemos que el valor de la UIT cambia de año en año en el Perú por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas. Así, por ejemplo, para el año 2023 el valor de la unidad impositiva tributaria es de 4 950 soles, según el decreto supremo N.° 309-2022-EF. En ese entendido, si los hechos de peculado ocurren en el 2023, se configura la agravante en análisis siempre y cuando el valor de lo apropiado o utilizado supere los 49,500 soles. Si el monto es igual o inferior a aquella cifra, el peculado sera calificado de simple. La agravante no se configura.

El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales comenten este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

3.10. Bien jurídico protegido

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio[7] del Estado (Amoretti Pachas, 2007, p. 221); la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público, y la tercera sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo (Rojas Vargas, 2002, p. 327), toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores.

(7) Como referencia, por ejemplo, cabe indicar que en Alemania tiene plena acogida esta posición hasta el punto de que el delito de peculado no aparece regulado en los delitos contra la administración pública, sino en el rubro de los delitos contra el patrimonio.

Incluso esta última posición fue reproducida en la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003:

> En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad. (Exp. N.° 3630-2001-Ucayali, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 207)

Finalmente, este criterio interpretativo fue traducido en doctrina legal vinculante. En efecto, en el fundamento sexto del Acuerdo Plenario N.° 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual

> «el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no 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 o probidad».

La ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009 (R. N. N.° 1601-2006-Huaura) invoca tal criterio vinculante. Aquí debemos precisar que el criterio interpretativo vinculante sigue teniendo sentido pese a la vigencia de las Leyes N.° 29758 de 2011 y N.° 31178 de 2021, pues la estructura del tipo penal no varió, solo se han introducido agravantes del delito de peculado.

Abanto Vásquez (2003, p. 334) sostiene que con el contenido del artículo 387 CP se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión, así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) del mismo modo se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como

agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80 CP se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

La posición asumida por Abanto Vásquez no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387 CP. La redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. Caso contrario, también tendríamos que argumentar que, en los delitos de concusión o colusión, por ejemplo, también se pretende proteger el patrimonio del Estado. La regla del artículo 80 CP se aplica a todos los delitos incluido el peculado en los cuales se haya afectado o lesionado el patrimonio del Estado como objeto del delito, sin importar qué bien jurídico principal se lesionó con el hecho punible.

No debe obviarse la diferencia entre bien jurídico protegido y objeto del delito. Ya hemos precisado que, en los delitos funcionariales como el peculado, el bien jurídico siempre es representado por principio o deberes de organización y funcionamiento del Estado, en tanto que el objeto del hecho punible es otro aspecto, tratándose del peculado, el objeto del delito lo constituye el patrimonio público. En suma, el bien jurídico específico que se lesiona con este delito es el principio o deber que tiene el sujeto público de no lesionar el patrimonio del Estado; en tanto que el patrimonio del Estado afectado es el objeto del delito.

De ahí que el delito de peculado se constituye en un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el normal y recto funcionamiento de la administración pública en general, se pretende proteger en forma específica el deber de no lesionar el patrimonio del Estado. Deber impuesto por el cargo que desempeña el agente dentro de la administración pública. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado luego de haber infringido su deber de no lesividad que

tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados debido a su cargo. Ello es así hasta el punto de que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que se infrinja el deber de no lesividad, el delito de peculado no se configura.

Aparte del acuerdo plenario antes citado, la ejecutoria suprema del 14 de abril de 2000 sustenta nuestra posición:

> El delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la administración pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados. (Exp. N.° 1132-98-Lima, *Normas Legales*, t. 292, 2000, p. A-40)

Haciendo derecho penal comparado, en España, el profesor Roca de Agapito (2013, p. 413) enseña que el bien jurídico protegido con el delito de peculado sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos. En tanto que el profesor Mir Puig (2000, p. 288) enseña que el bien jurídico protegido en el delito de malversación es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público.

De ahí que resulta desacertada la ejecutoria suprema de suprema del 26 de marzo de 2015:

> el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, además de la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, la seguridad con que ésta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado. (R. N. N.° 997-2014-Tacna)

El acuerdo plenario no es ni mencionado. Es obviado, simplemente. La pregunta es la siguiente: ¿resulta difícil seguir la doctrina legal

establecido en los acuerdos plenarios por los mismos jueces supremos? Sin duda que, como jueces, tenemos habilitado el mecanismo de apartamiento, pero para ello debemos expresar buenas razones para hacerlo. Lo mínimo que se exige es que se cite la doctrina legal vinculante y se dé alguna razón del porqué se le deja de lado o no es aplicable al caso. Es la única forma de consolidar un sistema de justicia penal con coherencia interna y predecible. No hay otra forma.

3.11. Sujeto activo-autoría

De la lectura del tipo penal 387 CP se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo. O mejor, ante un delito especialísimo de infracción de deber. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

Es frecuente en la doctrina considerar que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro (Portocarrero Hidalgo, 1996, p. 188; Rojas Vargas, 2002, p. 327; Amoretti Pachas; 2007, p. 216). El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, los reglamentos, las directivas o las órdenes de autoridad competente debido al cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron. Con propiedad el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 336) precisa que 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; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 (R. N. A.V. 23-2001-09-Lima) que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del expresidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró:

> El vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal —Decreto de Urgencia— que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118 de la Constitución Política de la Nación; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos.

Los hechos objeto de acusación de aquel público proceso penal, en resumen, son los siguientes: el acusado y los tres ministros de Estado idearon y ejecutaron acciones con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil nuevos soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia N.° 081-2000. El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta compensación de tiempo de servicios a la nación al exasesor del SIN, Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión fue recibido por el beneficiario y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera. La prensa lo etiquetó como el caso de los quince millones de dólares.

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del

delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que siguiendo la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, las directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

Es obvio que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 425 CP, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos (Rojas Vargas, 2002, p. 329; Abanto Vásquez, 2003, p. 338). Esta es la interpretación que se hace en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 1999. Allí se sostiene que «el delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica». Si bien la carta política, en el segundo parágrafo del artículo 40, indica que «no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta», este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425 CP, pues esto se corrobora incluso con la Ley N.° 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando prevé, modificando el inciso 3 del artículo 425 CP que «es

funcionario público 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» (Exp. N.° 5210-98-Lima, ROJAS VARGAS, 2004, p. 249).

Es acertado afirmar que para interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción[8]. En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende por funcionario o servidor público «a todo 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». Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido, pero aún no ha asumido el cargo y, por lo tanto; aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o caudal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificada en otro tipo penal.

(8) El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995, suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N.° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N.° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55 de la Constitución Política vigente. Parecida definición, pero más amplia, tiene el artículo 2 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. No está de más reiterar aquí que este concepto amplio de funcionario público ha sido impuesto en nuestro sistema jurídico por la Ley N.° 30124 del 13 de diciembre de 2013.

Pero, sin duda, el concepto amplio de «funcionario público» sirve, por ejemplo, para interpretar y calificar los delitos de corrupción de funcionarios que luego analizaremos.

3.11.1. Participación

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones (con amplitud ROJAS VARGAS, 2002, p. 348):

— Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.

— Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría de dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.

— Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.

— Los particulares (*extranei*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente

con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido. «Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho» (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 360). Solo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción del deber.

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria. Como ejemplo cabe citar la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003:

> La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 CP. (Exp. N.° 3203-2002-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 231)

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003 de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema:

> En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia ... por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado. (R. N. N.° 1813-2003-Lima)

En el mismo sentido se pronuncia el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004 (R. N. N.° 375-2004-Ucayali):

> El tipo penal previsto en el artículo 387 del código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los *intranei*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la «accesoriedad de la participación», es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas *«extranei»* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales ... *(sic)* en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un estatus del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede

hacer responder «en segundo término» y, por lo tanto, solo limitadamente. (En *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.° 6, 2005, p. 545[9].

— Los otros, a los que hace referencia el tipo penal 387 con la frase «para otro», no son autores del delito de peculado, pues ellos no consuman o perfeccionan el delito, pudiendo ser, en cambio, inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

Por lo demás, resulta claro que en el peculado no hay coautoría. No debe obviarse que la teoría de la infracción del deber de Roxin no admite la coautoría que viene a ser hija de la teoría del dominio del hecho. Y no puede haber coautoría debido a que como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, es imposible materialmente que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte de un deber especial en específico. Este deber es único no puede dividirse materialmente. Por lo tanto, no puede afirmarse con propiedad que en los funcionarios o servidores públicos ha existido un reparto de roles para infringir un deber especial penal, en este caso, el deber de no lesionar el patrimonio del Estado. Ello es imposible. En consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores. Estas ideas que aparecen ya en la edición de 2016 de este libro, fueron reproducidas en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017 (Casación N.° 102-2016-Lima). Sin embargo, no aparece la cita correspondiente. Mal endémico que debe superarse para evitar caer en plagio.

3.12. Sujeto pasivo

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones. En la ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994 (Exp. N.° 1885-92-B-Áncash,

(9) Igualmente, en la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R. N. N.° 2976-2004-Lima, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.° 6, p. 548

Rojjasi Pella, 1996, p. 238) ya se precisa que «no puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este». No obstante, es necesario dejar establecido que, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En efecto, así lo prevé en forma atinada y pedagógica la ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005:

> En el delito de peculado objeto de juzgamiento se han considerado agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan de Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco; que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación. (R. N. N.° 106-2005-Cusco, San Martín Castro, 2006, p. 625)

4. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado; en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto. Es obvio que la conducta del cómplice también es dolosa. No es posible complicidad culposa.

Abanto Vásquez (2003, p. 356) y Amoretti Pachas (2007, p. 226), en forma atinada, enseñan que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcionarial, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas (2002, p. 343).

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de dejar de lado su deber de no lesividad, apropiándose para sí o para otro, o utilizando en beneficio propio o de otro, los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, se concluye que, en el delito de peculado, el agente actúa con ánimo de lucro, le guía la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública. Al respecto, Rojas Vargas (2002, p. 343) alega sin fundamentar su posición que el tipo penal no exige el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento; en tanto que Abanto Vásquez (2003, p. 358) acepta la existencia de un ánimo de lucro implícito.

En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. La finalidad de acrecentar su patrimonio o el ajeno infringiendo su deber funcional de no lesionar el patrimonio del Estado. Si este no se verifica en la conducta concreta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda.

En el mismo sentido argumentó la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash del 7 de abril de 1998:

> No constituye delito de peculado la conducta del inculpado, quien en su calidad de director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro. (Exp. N.° 576-97, AMAG, Serie de Jurisprudencia 4, 2000, p. 440)

De modo que no es de recibo lo expresado en la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2017 (R. N. N.° 525-2015-Ayacucho-Segunda Sala Penal Transitoria), cuando se precisa que la conducta en análisis se encuentra plagada del conocimiento expreso que tenía el encausado acerca de que los recursos eran de pertenencia pública, además de que la omisión en sus funciones generaba perjuicio en el patrimonio estatal. Aunado a ello, cabe señalar que el elemento subjetivo del tipo —dolo— que se requiere para que se configure este delito es el de dolo eventual, toda vez que no se necesita algún propósito especial o presencia de algún esfuerzo subjetivo, como el «a sabiendas», el «ánimo de lucro» o la «finalidad de enriquecimiento».

Es cuestionable esta posición asumida en un caso en el cual el procesado actúo con dolo directo y evidentemente con ánimo de lucro. En efecto, en la misma ejecutoria se narra que el sentenciado, en su calidad de residente de obra y, por tanto, responsable junto al tesorero, del manejo y administración de los recursos destinados a una obra social — puesto de salud Umasi— no rindió ni justificó el importe de 7 129.04 soles faltante. De ahí que se presumió razonablemente que se apropió de tal importe, procediendo la Suprema Corte a declara no haber nulidad de la sentencia condenatoria.

Acerca de que el dolo también debe concurrir en el cómplice, ha sido precisada en la sentencia casatoria de fecha 11 de julio de 2017:

> En el caso materia de análisis, no se ha llegado a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo —entendido como el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración—; por lo que no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta [quien tenía la facultad de administración de dicho fondo según la directiva respectiva] eran indebidos; más aún si como

> jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago; en consecuencia, al no haberse acreditado el dolo en su proceder, no es jurídicamente posible que responda penalmente como cómplice a título culposo, pues ... el partícipe siempre será a título doloso. (N.° 102-2016-Lima- Segunda Sala Penal Transitoria)

5. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público (Rojas Vargas, 2002, p. 352; Abanto Vásquez, 2003, p. 364).

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20 CP. En efecto, la ejecutoria suprema del 11 de enero de 2002 presenta un hecho real, en el cual prevaleció la referida causa de justificación:

> De la revisión de autos, se tiene que el recurrente, al momento de los hechos, ostentaba el cargo de jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia pública, y desembolsó la suma de 5000 soles, proceder que fue en cumplimiento al pedido expreso del director de la Región Agraria, siendo así es evidente que el tesorero lo que hizo fue solo cumplir una orden de su superior previa aprobación del director de la oficina de administración. (Exp. N.° 3713-2001-Cusco, Salazar Sánchez, 2004, p. 219)

6. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, si sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable, por ejemplo.

7. CONSUMACIÓN

Al ser un delito de resultado, 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 público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto (Rojas Vargas, 2002, p. 343); por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 359) erróneamente enseña que la modalidad de sustracción no se consuma con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio.

Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto,

el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

Aquí resulta interesante citar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al resolver el hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco, quien alegaba que no podía ser sancionado como cómplice del delito de peculado cometido por Montesinos, debido a que la recepción de fondos públicos por su parte fue posterior a la consumación del delito. El Tribunal Constitucional sentenció que «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» (Exp. N.° 2758-204-HC/TC-Lima). El TC declaró por mayoría infundado el hábeas corpus planteado.

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el Supremo Tribunal en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002. En efecto, allí se estableció que «la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero» (Exp. N.° 1402-2001-Tumbes). También la ejecutoria suprema del 2 de julio de 2010 (R. N. N.° 1594-2009-Puno).

Nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido la Corte Suprema en la ejecutoria del 18 de julio de 2011 (R. N. N.° A.V. 23-2001-09- Sala Penal Transitoria, Caso quince millones de dólares). Ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el Supremo Tribunal expresó:

> El Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a la legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad. [Si] bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución posconsumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado.

8. TENTATIVA

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas (2002, p. 344) enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento, son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión.

9. PECULADO CULPOSO

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387 CP se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propicia, facilita o permite de hecho) un delito doloso de tercero; sea que el tercero lo sustrae con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtiene o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tiene ni debe tener la función de percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos. Aquí no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro (*extraneus* o *intraneus*) lo sustraiga dolosamente.

Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta:

> La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:
>
> a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
> b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes 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. (Acuerdo Plenario N.° 04-2005 del 30 de septiembre de 2005[10]

(10) Este criterio interpretativo ha sido reiterado en la ejecutoria vinculante del 6 de septiembre de 2007 (R. N. N.° 4500-2005-Junín)

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado en múltiples casos de peculado culposo. Aquí con fines pedagógicos solo citaremos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

Ejecutoria suprema del 15 de julio 1999

Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpado que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado. (Exp. N.° 281-99, AMAG, Serie de Jurisprudencia N.° 4, 2000, p. 465).

Ejecutoria suprema del 10 de julio 2002

Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como respondía, y a la que estaba obligada en su conducción de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución. (Exp. N.° 3278-2001-Apurímac, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 364)

Ejecutoria suprema del 16 de octubre 2002

Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el tesorero del núcleo ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco. (Exp. N.° 4168-2001-La Libertad)

Ejecutoria suprema del 2 de julio 2002

Ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo, toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar

por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud inerte en tomar las acciones correspondientes que desaparezcan inexplicablemente. (R. N. N.° 3056-2001-Puno, URQUIZO OLAECHA, 2005, p. 660).

Ejecutoria suprema del 3 de diciembre 2004

El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que actúa con negligencia en sus funciones, es decir, cuando no toma las precauciones debidas para evitar sustracciones de bienes que son de propiedad pública; que si bien es cierto, de la revisión de los autos la materialidad del delito se encuentra acreditada, sin embargo, se ha demostrado que los encausados no tenían la obligación de custodiar los bienes sustraídos, ya que existía un personal de vigilancia contratado o través de un *service* o locadora de servicios por el Ministerio de Agricultura. (Exp. N.° 382-04-Junín, *Jurisprudencia Penal II*, Normas Legales, 2005, p. 230)

Ejecutoria suprema del 11 de junio 2008

La responsabilidad penal del acusado Ramos Zapata por el delito de peculado culposo ha quedado acreditada, toda vez que como Jefe de la Oficina de Administración no actuó diligentemente para evitar que un tercero se beneficie con los fondos de la entidad agraviada, puesto que autorizó que el acusado De la Cruz Hernández cobre los cheques, sin prever los mecanismos de control adecuados para garantizar la seguridad de los mismos, lo que facilitó para que el antes mencionado se apropie del fondo. (R. N. N.° 4952-2007-Huancavelica, Sala Penal Permanente)

Queda claro que el agente del delito de peculado culposo de modo alguno propicia o genera su propia negligencia. Si en un caso en concreto, el sujeto público, por ejemplo, participa con pleno conocimiento y voluntad en un acuerdo por el cual se decide disponer de fondos públicos que administra y, luego, ejecuta el acuerdo, descuidando los bienes o caudales que administra, en absoluto el agente actúa con negligencia o culpa en la disposición de aquellos fondos públicos, sino que actúa abiertamente en forma dolosa.

De modo que no entendemos la forma como resolvió la Corte Suprema el caso judicial objeto de la Casación de fecha 11 de febrero de 2014 (Casación N.° 244-2013-Arequipa). Según el contenido de la casación, el problema era determinar si el recurrente Mamerto Rolando Cornejo Cuervo como Rector de la Universidad Nacional de San Agustín pudo desvincularse o no de los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario en el sentido de acatarlos o no, pues en sus argumentos de defensa sostenía que solamente cumplía los acuerdo adoptados por el Consejo Universitario, sin embargo,

> este Supremo tribunal considera que el rector no debió acatar y/o cumplir los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario por tratarse de acuerdos esencialmente ilegales, hacerlo implicaba o implicó asumir responsabilidad penal, como ha ocurrido en el presente caso, a no ser que el recurrente haya expresado disconformidad u oposición en las sesiones de dichos acuerdos en las que él estuvo presente en su calidad de Rector. Y los acuerdos tomados en los años 2001 y 2002 eran ilegales debido que no existe documento alguno en autos que disponga o se habilite la contratación y pago a los jugadores y técnicos como si fueran personal docente o académico. En consecuencia, este Colegiado Supremo, considera que debió existir por parte del recurrente una diligencia y cuidado en su actuar por la alta jerarquía que cumplía dentro de la citada casa de Estudios y al no hacerlo no ha incurrido en peculado doloso sino en peculado culposo.

La suprema casó la sentencia de vista que en forma correcta había tipificado los hechos como peculado doloso. Al reconducir los hechos a peculado culposo, declaró prescrito la acción penal por el citado delito por el tiempo transcurrido. En suma: un hecho grave de corrupción en la Universidad San Agustín de Arequipa quedó sin sanción.

No compartimos la *ratio decidendi* de esta decisión de la Sala Permanente de la Corte Suprema, pues como se transcribe en el contenido de la casación, primero el acusado en su calidad de rector participó en las sesiones del Consejo Universitario en las cuales se decidió, arbitrariamente y en forma ilegal, habilitar la contratación y pago a los jugadores y técnicos del club Atlético Universidad como si

fueran personal docente o académico; segundo, el acusado en su calidad de rector ejecutó tales acuerdos y como consecuencia desembolsó del tesoro público la suma de S/658 895.59 soles que correspondía al pago por desarrollo de la enseñanza y formación profesional de pregrado, perjudicando con ello a la Universidad. Expuestos así los hechos, estos se subsumen en el delito de peculado doloso de modo alguno en peculado culposo. El agente ha participado activamente en la toma de decisiones ilegales y, luego, él los ejecutó en perjuicio patrimonial evidente de la Universidad Nacional de Arequipa y todo en beneficio de terceros.

10. PENALIDAD

Luego de la modificación al artículo 387 CP por la Ley N.° 31178 de abril de 2021, los funcionarios o servidores públicos, a los que se les atribuye un peculado básico, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En tanto que a los funcionarios o servidores públicos, a los que les atribuye peculado agravado, serán sancionados con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa

Si al agente público se le atribuye un peculado culposo básico, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas

Finalmente, si al agente público se le atribuye un peculado culposo agravado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

11. PRECEDENTES VINCULANTES

Para efectos pedagógicos, creemos necesario reproducir el acuerdo plenario del 30 de septiembre de 2005, así como la ejecutoria suprema vinculante de fecha 6 de septiembre de 2007. Ambos precedentes

jurisprudenciales recogen importantes consideraciones a tenerlas en cuenta por todos los operadores de justicia con el objetivo de hacer a la justicia penal más coherente y predecible:

11.1. Acuerdo plenario

ACUERDO PLENARIO N.° 4-2005/CJ-116

Asunto: Definición y estructura típica del delito de peculado artículo 387 CP.

Lima, treinta de septiembre de dos mil cinco

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. Antecedentes

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N.° s 959, 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para efectos —sin perjuicio de las ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas sentencias plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas— y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal un conjunto de ejecutorias que podían cumplir

ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las ejecutorias supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente, permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal —Delitos contra la administración pública—.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las ejecutorias supremas analizadas, se decidió redactar un acuerdo plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente acuerdo plenario. Se designó como ponente al señor Gonzáles Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 387 CP vigente establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que «el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, causales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...»; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como «si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de causales o efectos...», concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes «si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..." (forma

de circunstancia agravante incorporada por Ley N.° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga 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 lo 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. 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 no 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 o probidad.

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita.

   La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) Apropiación o utilización. El primer caso 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. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Caudales o efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro 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.

9. En el peculado culposo, debe tenerse en cuenta: «La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público» como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración

pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes 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.

III. DECISIÓN

10. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

ACORDÓ:

11. ESTABLECER como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6, 7 y 8 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

12. PRECISAR que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

13. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

ss.

SIVINA HURTADO/ GONZÁLEZ CAMPOS/ SAN MARTÍN CASTRO/ PALACIOS VILLAR/ LECAROS CORNEJO/ BALCAZAR ZALADA/ MOLINA ORDOÑEZ/ BARRIENTOS PEÑA/ VEGA VEGA/ PRÍNCIPE TRUJILLO

11.2. Ejecutoria vinculante

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N.° 4500-2005-JUNÍN

Lima, seis de septiembre de dos mil siete

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Arístides Sepa Ortiz, contra la sentencia condenatoria de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como vocal ponente el señor Santos Peña; y, **CONSIDERANDO: PRIMERO.-** Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Limache Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides Serpa Ortiz y Héctor Segura Mayta, que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco, nueve, nueve, ocho, ocho, siete y dos; número seis, uno, seis, ocho, dos, cuatro y ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado banco y las papeletas de depósito así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad y 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 y seis de maquinaria japonesa, de la cuenta corriente número seis, cero, cero, cero, cero, dos, cinco, uno, cuatro, uno, cero, seis y tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola. **SEGUNDO.-** Que, en la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Serpa Ortiz es responsable de la

comisión de delito de peculado en su condición de cómplice primario y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Magda Limache Quesada y Héctor Seguro Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha prestado su plena colaboración a su 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 el sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación del 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 él mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo 387 CP que establece: «El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años». **CUARTO.-** Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la 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 CP que tipifica: «Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido...» y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del 30 de septiembre de 2005, al señalar los

elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: «... habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público». **QUINTO.-** Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo 285-A del Código 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 resulta de oficio por el juez; la misma que conforme lo establece el artículo 80 CP, opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servidores 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 de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso 1 del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N.° 959. Estando a las consideraciones expuestas: Declararon HABER NULIDAD en la resolución recurrida de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco, en el extremo que condena a Arístides

Serpa Ortiz como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución a un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA:** declararon, de oficio, extinguida la acción penal por prescripción, incoada contra Arístides Serpa Ortiz, en la instrucción que se le sigue por delito de peculado culposo en agravio del Estado. MANDARON archivar definitivamente el proceso en el extremo referido al procesado Serpa Ortiz, así como la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; DISPUSIERON que la presente ejecutoria suprema constituya precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo a los que alude el cuarto considerando de esta resolución; ORDENARON que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*, y los devolvieron.

§ 14

PECULADO DE USO

1. TIPO PENAL

De la lectura del Código Penal derogado, llegamos a la conclusión de que el hecho punible, denominado «peculado de uso», sancionado en el tipo penal 388 del actual texto punitivo no tiene antecedente en aquel cuerpo legal ni en otra ley especial de nuestra patria. Es una creación del legislador nacional del Código Penal de 1991, posiblemente inspirado en el Código Penal de Portugal de 1932 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 376; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 372). Desde entonces, tenemos la figura penal de peculado de uso o por distracción. No obstante, el texto original fue modificado por la episódica y polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. Esta última ley lo único que ha hecho es poner pena privativa de libertad mínima de dos años al hecho punible. En lo demás, se volvió a la fórmula original. El contenido de la fórmula legislativa fue modificado por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Finalmente, ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 del 22 de octubre de 2016. El contenido actual del tipo penal 388 CP es como sigue:

> 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, 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de peculado de uso o por distracción se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares, hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado.

De igual modo, por disposición del segundo párrafo del artículo 388 CP, el delito de peculado de uso también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares, usa o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado.

Se evidencia por lo tanto la necesidad de la concurrencia de diversos elementos objetivos para la configuración del delito de peculado de uso. Estos por fines pedagógicos, los explicaremos en forma separada. En consecuencia, tenemos los siguientes elementos:

2.1. Usar o permitir usar

En primer término, la modalidad de usar o utilizar se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado,

sin propósito de apropiárselos. En el agente, no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de un tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la administración pública.

En segundo término, se configura el peculado por distracción cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero o particular, para fines ajenos al servicio público, realice actos de uso, empleo, provecho, disfrute o se beneficie de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos.

Aparece el delito de peculado de uso por omisión en aplicación del artículo 13 CP, 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.

Al permitir que otro use supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten, toleran, consienten o autorizan el uso de dichos bienes por terceros. El término «otro» alude a cualquier persona, particular o funcionario-servidor público, persona natural o jurídica (Rojas Vargas, 2002, p. 378; Abanto Vásquez, 2003, p. 374).

Aquí cabe hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 encontramos el peculado de uso que —al parecer— es idéntico al peculado en su modalidad de «utilizar» del artículo 387 CP. Sin embargo, la diferencia salta por sí sola de la lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos; en tanto que el artículo 388 se refiere restrictivamente a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los caudales públicos no estén representados por cualquier instrumento de trabajo de la administración pública. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388.

2.2. Bienes muebles del Estado

El tipo penal especifica la naturaleza de los bienes objeto del delito de peculado. Estos solo pueden ser de naturaleza mueble, puesto que tienen como finalidad servir de instrumentos de trabajo al interior de la administración pública. Puede ser cualquier tipo de bienes, como, por ejemplo, los vehículos, computadoras, herramientas utilizadas en construcción civil, camiones de limpieza pública, etc.

Abanto Vásquez (2003, p. 375) señala que se trata de todo tipo de herramientas, máquinas, vehículos o aparatos indispensables para el desempeño de la función pública; no pueden serlo el dinero, los títulos valores, los bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc.

En consecuencia, no hay peculado de uso sobre bienes inmuebles ni sobre bienes muebles fungibles. Si en un caso concreto, un inmueble o un bien fungible (dinero, por ejemplo) es objeto de uso para fines particulares el operador jurídico deberá recurrir al supuesto típico recogido en el numeral 387 CP para imputar responsabilidad penal al agente.

Estos bienes, que sirven de instrumentos de trabajo a efectos de que la administración estatal cumpla con sus fines, tienen que pertenecer al Estado o, en su caso, a particulares siempre y cuando estén bajo la custodia y guarda de la administración pública.

2.3. Fines particulares o privados

Los bienes muebles del Estado tienen como finalidad trascendente hacer realidad los fines de la administración. En consecuencia, el funcionario o servidor público tiene el deber ineludible de usarlo al interior de la administración con el propósito de materializar su finalidad. Ese servicio es el destino natural y normal de los bienes del Estado, así como de aquellos bienes pertenecientes a particulares, pero que eventualmente se encuentran en custodia de la administración pública. Se entiende que los bienes de los particulares se encuentran en custodia de la administración porque han ingresado (prestados, alquilados, etc.) para prestar determinada función pública (obra pública).

Sin embargo, constituye otro elemento objetivo de la tipicidad del delito de peculado de uso, el supuesto que el funcionario o servidor público, en lugar de destinar el bien mueble a su servicio natural y normal, lo destina o utiliza para fines ajenos al servicio en su evidente beneficio o de terceros allegados a aquel. Se usa el bien mueble para fines particulares ajenos a los fines de la administración pública.

Los fines ajenos al servicio público a los que el funcionario o servidor público destina los bienes señalados en el tipo penal pueden ser diversos: transportar a los familiares del agente público a su centro de trabajo o al centro comercial para hacer las compras domésticas; utilizar el vehículo para realizar trabajos de mensajería de una empresa privada; usar los vehículos para hacer campaña electoral ya sea propia o de un tercero allegado; alquilar los equipos de computo, prestar los instrumentos agrícolas, etc. El uso a fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el agente o para terceros que resultan favorecidos con el uso del bien público (Abanto Vásquez, 2002, p. 375; Rojas Vargas, 2002, p. 379).

Podemos ilustrar lo hasta aquí expuesto citando un caso real que fue objeto de pronunciamiento judicial, en el cual los agentes fueron sancionados por el uso de vehículos de la municipalidad para fines ajenos al servicio público. Así, en la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2002:

> 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. (Exp. N.° 2565-2001-Cusco)

2.4. Relación funcional

De la naturaleza del delito de peculado de uso, se desprende que los bienes muebles objeto de la conducta típica deben estar confiados o encontrarse en posesión inmediata o mediata del sujeto activo, debido

al cargo que tiene asignado al interior de la administración pública (Abanto Vásquez, 2003, p. 377). Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado de uso no se configura así sea evidente el uso de los bienes del Estado y este resulte seriamente perjudicado en el desarrollo del servicio o función pública.

En efecto, para que se configure el delito de peculado de uso, al igual que en los supuestos ilícitos tipificados en el artículo 387 CP, es condición *sine qua non* que el bien público objeto de la utilización esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas previamente por la ley o por normas jurídicas de menor jerarquía, tales como los reglamentos de la institución pública o directivas internas. 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.

Para fines netamente pedagógicos, citamos la ejecutoria Suprema del 20 de abril de 2015, donde la Sala Penal Permanente establece lo siguiente:

> [S]e ha determinado la relación funcional del procesado con el bien utilizado indebidamente, pues su proceder se adecua a lo que alude la norma sustantiva, de que el bien mueble se hallaba bajo su custodia directa, pues ejercía sobre el mismo acto de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal se hallaba bajo su guarda. (R. N. N.° 2149-2013-Amazonas)

2.5. Magnitud del perjuicio patrimonial

Aun cuando el tipo penal no hace referencia a la magnitud del perjuicio patrimonial que se ocasiona a la administración pública con el uso temporal de los bienes públicos para fines ajenos al servicio o función encomendada, este elemento objetivo es tácito en el tipo penal. Todo uso de un bien mueble origina automáticamente un perjuicio patrimonial sea grave o leve. Este puede ser por el desgaste natural

del bien que se produce por su uso, así como por el hecho de que, al no estar el bien a disposición del servicio público, este se ve afectado temporalmente. No se exige que la afectación al servicio o función encomendada sea de gravedad. Basta que el perjuicio se verifique para configurarse el hecho punible. En consecuencia, al no existir cuantía mínima, se entiende que así el perjuicio lo valoricen los peritos en una cantidad mínima, igual el delito se verifica.

En el Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ del Poder Judicial, ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto 2010, se propuso modificar la fórmula legislativa del delito de peculado de uso, para introducir de manera expresa el nivel de perjuicio que sería exigible. La fórmula que se propuso es la siguiente: «El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo, afectando gravemente el servicio o la función encomendada, será reprimido». En la exposición de motivos del citado Proyecto se alegó:

> [N]o se puede distraer los limitados recursos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez el derecho administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos. Ciertamente, en el caso de contratistas que distraen con fines privados insumos públicos, el derecho penal debe cumplir su rol sancionador, pues estos no tienen vinculación con el Estado.

Sin embargo, la fórmula propuesta no fue aceptada por la Comisión de Justicia del Congreso, en su dictamen de fecha 13 de abril de 2011:

> Resulta sintomático que solo las afectaciones graves que se causen al servicio o función encomendadas, con la utilización de automotores, máquinas e instrumental de trabajo sean objeto de intervención penal. Si bien el control administrativo tiene que jugar sus roles, cuando dichas utilizaciones de bienes públicos impliquen comportamientos dolosos, se entiende que la injerencia punitiva mantiene su ámbito de aplicación.

En este dictamen se incluyó un proyecto sustitutorio, el mismo que dio origen a la polémica y fugaz Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011.

El contenido del citado dictamen y la polémica pública que originó la promulgación de la Ley N.° 29703 que modificó algunos delitos contra la administración pública, hizo que el Poder Judicial volviera a presentar un segundo Proyecto de ley N.° 4898/2010-PJ, ingresado al Congreso de la República el 4 de julio de 2011, en el cual no insistió en su fórmula legislativa propuesta, volviendo más bien a proponer el texto original del artículo 388 CP. Considero que es razonable no diferenciar entre actos de corrupción menor o mayor según el perjuicio patrimonial. Menos pretender que si el perjuicio es leve o menor, el acto de corrupción debe ser ventilado a nivel administrativo, toda vez que en una política de lucha frontal contra la corrupción es necesario tener como delito todo tipo de corrupción así el daño a la administración sea leve. No obstante, tal aspecto debe ser observado por el Juez al momento de individualizar la pena a imponer al sujeto público, luego del debido proceso penal. Se impondrá mayor pena al agente público cuya conducta ocasionó mayor perjuicio al servicio público que al sujeto público cuya conducta causó perjuicio leve o menor a la administración.

2.6. Bien jurídico protegido

En la doctrina es lugar común considerar que el bien jurídico general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la función pública al interior de la administración pública.

El bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado de uso es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber especial encomendado debido al cargo que desempeñan. El bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en el cuidado de los bienes muebles especificados en el tipo penal, que le han sido encomendados debido a su cargo o que están bajo su guarda. Ello es así hasta el punto de que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que se hayan infringido los deberes

de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la administración o custodia de los bienes muebles del Estado, el delito de peculado de uso no se configura.

2.7. Sujeto activo

Estamos ante un delito especialísimo en el cual, además de exigirse que el agente reúna la condición de funcionario o servidor público, se exige que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los bienes muebles no fungibles del Estado o bienes particulares que se encuentran bajo la custodia de la administración pública.

Es común en la doctrina considerar que solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla dentro de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en custodia o administración, los bienes muebles destinados al servicio público. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley o los reglamentos debido al cargo que desempeña, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes que coyuntural u ocasionalmente entra en posesión (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 373). Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 377) afirma, erróneamente, que solo en algunos supuestos se exige la relación funcional.

Para la configuración de este delito no es suficiente el requisito —también indispensable— de que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público. También se requiere que el bien esté en la esfera de custodia directa o jurídica del sujeto activo.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el jefe de almacén, el chofer de un vehículo público, el custodio de la maquinaria destinada a la construcción de obra pública, etc.

Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado de uso, sino también, según el inciso 3 del artículo 425 CP, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de custodiar o administrar los bienes muebles del Estado.

En este sentido, tenemos la ejecutoria suprema del 22 de enero de 2003:

> Se les incrimina a los procesados en su calidad de miembros activos de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo incautado por la División Antidrogas, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito. (Exp. N.° 3201-2001-Lima)

Pueden ser también sujetos activos del delito los contratistas de una obra pública o sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. Ello por expresa disposición del segundo párrafo del artículo 388 CP.

Los particulares que ayudan o auxilian a cometer el delito al funcionario o servidor público responden como cómplices del delito de peculado de uso.

2.8. Sujeto pasivo

El Estado como único titular del bien jurídico protegido con la tipificación de este delito.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado de uso requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo, no obstante, voluntariamente los utiliza o permite que otro los utilice en su provecho y como contrapartida en perjuicio de la administración pública.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter público del bien y de la relación funcional, así como la intención de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos permite sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo; no siendo posible su comisión por dolo eventual.

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de utilizar en beneficio propio o de otro los bienes muebles no fungibles del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En consecuencia, en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de obtener un provecho particular, ya sea para él o para otro, con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco.

Aparte del dolo, es necesario la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo, como es el ánimo de lucro por parte del agente público. Si el ánimo de lucro no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que en la conducta analizada se verifique la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad del delito de peculado de uso, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Pueden presentarse casos de estado de necesidad justificante. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando la cónyuge del chofer de un vehículo público llama por teléfono a este noticiándole que está a punto de dar a luz. Ante la noticia el chofer desesperado, coge el vehículo y se dirige a su domicilio ubicado en Puente Piedra y, en el mismo vehículo, traslada a su cónyuge a una clínica ubicada en Miraflores. Evidentemente, el chofer ha hecho uso del vehículo para fines ajenos del servicio público, con lo que se materializaría la tipicidad, sin embargo, estando a las circunstancias en que se produjo el uso del bien público su conducta no será antijurídica.

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de peculado de uso no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado por distracción, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho.

Es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición. En efecto, la ejecutoria suprema del 21 de marzo de 2003 (R. N. N.° 1522-2002-Ayacucho, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 664), da cuenta de un hecho real en donde se presentó un supuesto de error de prohibición previsto en el segundo párrafo del artículo 14 CP:

> 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.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de utilizar en su propio beneficio o de otros bienes muebles del Estado o de tercero que están bajo la guarda de la administración estatal.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la utilización o uso de los bienes muebles del

Estado o de particulares, pero que están bajo la guarda de la administración pública. Desde el momento en que se inicia la utilización de los bienes públicos en propio beneficio o de tercero, en forma automática, se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Por otro lado, al ser un delito de resultado es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Se presentará, por ejemplo, tentativa cuando el custodio de la maquinaria de una obra pública permite que un tercero se lleve la maquinaria para efectuar un trabajo particular, ajeno al servicio público normal, por lo que es intervenido el tercero por personal policial, en los precisos instantes que iba a iniciar el uso de la maquinaria pública en obra particular. Aquí el delito no se consumó, pues no llegó a iniciarse el real uso del bien, quedando la conducta delictiva en el grado de tentativa.

7. PENALIDAD

Después del debido proceso, el autor (agente público) será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

8. CAUSAL DE ATIPICIDAD DE PECULADO DE USO

El último párrafo del artículo 388 CP recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ella se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa vehículos motorizados pertenecientes a la administración pública, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública. La atipicidad se presenta solo cuando se trate de vehículos. Aquí debe precisarse que haya atipicidad siempre y cuando el mismo funcionario o servidor público utilice el vehículo ***destinado a su servicio personal***, para fines ajenos al servicio (SALINAS SICCHA, 2014, pp. 143-153).

Se presenta cuando, por ejemplo, el mismo servidor público o funcionario utiliza el vehículo para que le traslade al gimnasio, para que le traslade a la playa en sus horas o días de descanso, le traslade

al mercado donde va a hacer sus compras, le traslade a determinado lugar donde va a efectuar una visita familiar o amical, le traslade a una reunión social, le traslade al colegio de sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Se entiende que, de una u otra manera, son actos personales que realiza el sujeto público como parte de su vida cotidiana. Es más, se justifica totalmente esta causal de atipicidad, debido, que el sujeto público desde su nombramiento o designación hasta su cese en ningún momento deja su condición de funcionario o servidor público. Hasta duerme como sujeto público. Incluso, sin duda se presenta la atipicidad así el funcionario o servidor a cuyo servicio está el vehículo, vaya en el interior del vehículo acompañado de familiares o terceras personas.

De igual modo aparece la atipicidad si el sujeto público dispone que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo a determinado lugar con la finalidad de realizarle una gestión personal (traslado a una agencia bancaria para hacer pagos mensuales por el uso de tarjetas de crédito, se traslade a la municipalidad a realizar pagos de tributos, se traslade a la universidad a recoger un documento académico del sujeto público, se traslade a los juzgados o fiscalía a verificar el estado del proceso donde el sujeto público aparece como procesado, etc.). Mucho más será atípica la conducta cuando el agente público disponga que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo asignado a su persona, a determinado lugar con la finalidad de realizar un acto propio de la función pública o un acto en beneficio de la función pública (se traslade a su domicilio a recoger documentos que olvidó, propios de su labor diaria se traslade a una comisaría a recoger una información antes solicitada, se constituya al juzgado o fiscalía a verificar el estado del proceso donde la institución pública respectiva aparece como agraviada, se traslade a otra institución pública a dejar o recoger documentos, etc.) En suma, en este supuesto de interpretación cuando el vehículo es usado por familiares o personas de confianza o allegados al funcionario o servidor obligado para realizar actividades en beneficio de aquel o en beneficio de la administración pública, sin duda, se presenta la atipicidad.

Por el contrario, hay tipicidad del delito de peculado de uso, cuando el funcionario o servidor público dispone u ordena al chofer de la movilidad asignada, traslade de un lugar a otro a sus familiares o terceros a fin de que estos realicen actos personales o actos en su directo y propio beneficio. Aparece sin duda el peculado de uso, cuando el agente público dispone que la movilidad traslade al gimnasio a algún familiar o tercero, o traslade a la playa a toda la familia o terceros, o traslade a la cónyuge o un tercero al mercado donde va a hacer sus compras, o traslade a un familiar o tercero a determinado lugar donde va a efectuar una visita familiar o amical, o traslade a una reunión social a un familiar o tercero, o traslade al colegio a sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Es más reprochable la conducta cuando el funcionario se traslada a otra ciudad dejando la movilidad al servicio de la familia. De un caso real y típico de peculado de uso da cuenta el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17 de abril de 2013, caso Torres Gonzales (Exp. 4298-2012-PA/TC). En efecto, allí se establece como hechos que «Torres Gonzales, en su condición de alcalde Provincial de Chiclayo, 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». Y esto habría ocurrido «un día en que el alcalde había viajado a la ciudad de Lima». Tal como aparecen redactados por el TC, a estos hechos de modo alguno les alcanza la causal de atipicidad (Sentencia del 22 de mayo de 2012, Exp. N.° 1488-2011-96-1706-JR-PE-06), toda vez que el sujeto público permitió o dispuso el uso del vehículo oficial para trasladar a sus familiares a un lugar donde realizaron actos de recreación, es decir, actos en directo y propio beneficio personal de los familiares. No realizaron un acto en beneficio del sujeto público obligado ni menos realizaron un acto en beneficio de la administración. No obstante, habiéndose aplicado en forma acertada y razonable la Ley Penal por los jueces superiores de Lambayeque, el TC anuló la indicada sentencia, alegando falta de motivación de la misma toda vez que según su criterio «la Sala no había precisado por qué el hecho... (antes descrito)... 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» (Fd 18 de la sentencia. Exp. N.° 4298-2012-PA/TC).

La única explicación que puede darse a esta sentencia dictada en mayoría por el máximo intérprete de la constitución es que decidieron emitir una decisión política. Sin duda, cuando la política entra en un proceso de cualquier naturaleza (penal, civil, constitucional, laboral, etc.), el derecho es marginado y, por lo tanto, la decisión final es imprevisible y cuando esta se da o emite, solo puede explicarse y justificarse políticamente.

En este supuesto y los demás enumerados como ejemplos, se presenta la tipicidad del peculado de uso debido a que el vehículo está destinado solo para el uso personal del funcionario o servidor público debido al cargo público que desempeña. El vehículo de modo alguno está destinado para el uso familiar y menos para el uso de terceros. Los familiares o terceros allegados al sujeto público no pueden beneficiarse y hacer uso del vehículo para realizar actos personales. Actos sin ningún beneficio para la administración. En estos casos, si el funcionario quiere ayudar o colaborar con ellos debe pagar el costo de la movilidad. No puede permitirse que el funcionario asigne la movilidad de la institución pública a sus familiares o allegados con la finalidad que estos realicen actos en su directo y propio beneficio. Si esto sucede es simplemente corrupción. Los familiares no trabajan al interior de la administración. Considero que esta interpretación restrictiva es la más razonable y está acorde con la política criminal del Estado de enfrentar frontal y francamente los actos de corrupción que tanto daño hacen a la administración pública en cuanto a su imagen. No podemos permitir ni aceptar corruptelas que originen que los ciudadanos de a pie pierdan credibilidad en las instituciones públicas. Pierdan confianza y credibilidad en el Estado mismo. Incluso el Tribunal Constitucional ha señalado que el último párrafo del artículo 388 CP debe aplicarse efectuando una interpretación restrictiva (Exp. N.° 4298-2012-PA/TC- caso Torres Gonzales).

No pueden utilizarse las excepciones de atipicidad para hacer interpretaciones amplias y dejar impunes actos evidentes de corrupción.

En efecto, si hacemos una interpretación amplia de la excepción prevista en el último párrafo del artículo 388 CP, dejaríamos puerta abierta al sujeto público para que realice lo que mejor le parece con el vehículo asignado por la función pública que cumple o desempeña al interior de la administración pública. Es decir, podría alquilarlo a terceros; prestarlo a sus familiares o terceros allegados para trasladarlos a lugares de recreación; utilizarlo para él hacer servicio de taxi en la ciudad; asignarlo de mutuo propio a su cónyuge para que le traslade a su trabajo en una empresa particular en tanto el sujeto público se traslada a la institución pública donde trabaja, en servicio de transporte particular; dejar la movilidad al servicio de su familia (hijos, por ejemplo) mientras el sujeto público goza de sus vacaciones fuera del país, etc. En otras palabras, le estaría permitido realizar acciones que sin duda tienen evidente tinte de corrupción. No puede aceptarse que los familiares o allegados del sujeto público gocen de tales privilegios y los demás ciudadanos no tengan ese privilegio. Tales acciones aparecen hasta discriminatorias. El Estado no puede asumir los costos que significa el uso de los vehículos estatales para el transporte de los familiares o allegados, cuando estos van a realizar actos personales propios y ajenos a la institución pública. Cuando eso sucede el perjuicio patrimonial al Estado es evidente. Seguramente, cuando se realice la pericia respectiva, los peritos deberán precisar a cuánto asciende el gasto de combustible, cuánto de salario se pagó al chofer por el servicio particular realizado, cuánto desgaste sufrió el vehículo, cuál fue el valor del mantenimiento del vehículo, etc. Finalmente, como en nuestro sistema jurídico no existe cuantía mínima, basta que el peritaje arroje un perjuicio al Estado valorizado en un sol o medio sol, el delito estará acreditado.

En otro extremo, la atipicidad solo alcanza a los vehículos, de modo alguno abarca a otros instrumentos de trabajo como, por ejemplo, computadoras que las empresas públicas acostumbran a asignar a sus funcionarios destinados al servicio personal por razón del cargo.

§ 15

MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

1. TIPO PENAL

El delito de malversación de fondos públicos tiene como su antecedente más inmediato el artículo 348 CP derogado. No obstante, la redacción actual es diferente. Por ejemplo, no indica el tipo penal como objeto del delito a los «efectos, caudales o bienes públicos», sino a «dinero y bienes públicos». También la aplicación de los fondos públicos a destino diferente podía ser temporal para configurarse el delito. En el presente, con la modificación producida en el artículo 389 por la Ley N.° 27151 de julio de 1999, se configura el delito de malversación de fondos públicos solo cuando la aplicación a destino diferente es definitiva.

De esa forma, actualmente el hecho punible, denominado «malversación de fondos públicos», se encuentra tipificado en el artículo 389 del vigente Código Penal cuyo contenido fue modificado por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Luego, también fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo 1243 de octubre de 2016. Finalmente, por la ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021, se volvió a modificar el tipo penal. El artículo 389 CP tiene el siguiente contenido.

> **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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez unidades impositivas tributarias.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de malversación de fondos se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada.

De este concepto, se evidencia que en la estructura del delito deben concurrir diversos elementos objetivos para darle tipicidad, caso contrario el delito no se configura. A continuación, explicaremos cada uno de los elementos típicos ineludibles.

2.1. Dineros o bienes del Estado

A diferencia del artículo 387 CP, el artículo 389 se refiere a «dinero o bienes» del Estado como el objeto del delito. En cuanto a dinero, no hay inconveniente en su entendimiento. Todos sabemos en qué

consiste el dinero. El problema de interpretación se presenta respecto a los bienes. Hay bienes con valor económico y otros que no tienen valor. A efectos del delito, en hermenéutica jurídica, se entiende que los bienes a que hace referencia el tipo penal son los que tienen valor económico. El valor económico puede incluso ser mínimo.

En consecuencia, los bienes pertenecientes al Estado objeto del delito de malversación de fondos pueden ser los muebles o inmuebles con valor económico.

2.2. Relación funcional

De la naturaleza del delito de malversación de fondos públicos se desprende que el dinero, o bienes del Estado objeto de la conducta típica, debe estar confiado o mejor en posesión inmediata o mediata del sujeto activo debido a que cumple la función de administrador de tales fondos al interior de la administración pública. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito en hermenéutica jurídica no se configura así haya evidente aplicación diferente del destino normal de los fondos públicos.

Para que se configure el delito de malversación de fondos, al igual que con el peculado tipificado en el artículo 387 CP, es condición *sine qua non* que el bien público objeto del delito esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo de administrador que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con el dinero o bienes del Estado o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

Como afirman Rojas Vargas (2002, p. 388) y Abanto Vásquez (2003, p. 381) se requiere de la relación funcional con el dinero o los bienes del Estado, en función de la posesión en administración, y además que ello implique la posibilidad de aplicación de estos a los fines

oficiales. De modo que aquellos funcionarios o servidores públicos que cumplen la función de solo recepcionar o custodiar los bienes del Estado, no serán autores del delito de malversación de fondos, así ellos dispongan de los bienes para fines distintos. Ello es así debido a que los encargados simplemente de recepcionar o custodiar el dinero o bienes públicos no tienen la función de aplicarlos. Salvo claro está que aquel a la vez tenga función de administrador.

Esta relación funcional como elemento objetivo del delito en hermenéutica jurídica es resaltada en la ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002:

> La comisión del delito de malversación de fondos se acredita con el informe pericial, donde se concluye que el manejo de los fondos de los créditos del Banco de la Nación no fueron utilizados en su totalidad para el fin con el que fueron solicitados —pago de remuneraciones y otros— sino que se destinaron para la amortización de obligaciones bancarias y el pago de gastos y adquisiciones, contraviniendo así *el sentido funcional del dinero o caudales entregados en administración o custodia al procesado*. (Exp. N.° 4050-2001-Cono Norte Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 452)

2.3. Función de administrar

Ya hemos indicado que administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Aquí, el agente tiene la función de administrar el dinero o bienes públicos; sin embargo, en tal situación —abusando de sus atribuciones—, en lugar de aplicarlos a su destino establecido, le otorga un destino definitivo diferente. Administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa de los dineros 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 ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos debido a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Recuérdese que el titular del pliego es la más alta autoridad ejecutiva de la entidad pública. Es responsable de la gestión presupuestaria de la

institución, estando, por tanto, encargado de dictar los lineamientos de priorización de los gastos con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las metas programadas de acuerdo con los objetivos institucionales que él mismo ha establecido para el año fiscal.

2.4. Dar destino definitivo diferente al establecido

Otro elemento objetivo del delito de malversación lo constituye la circunstancia de dar al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente al establecido previamente en leyes presupuestales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales o resoluciones administrativas de autoridad competente. El agente en lugar de aplicar o invertir el dinero o bienes públicos que administra en las actividades del Estado, para las cuales estaban destinadas, los utiliza, aplica o invierte en actividades estatales diferentes a las establecidas.

Un dato importante para tener en cuenta es el hecho que el destino diferente a que hace alusión el tipo penal debe ser dentro de la esfera de las actividades del Estado.

La jurisprudencia tiene claro este aspecto. Por ejemplo, la ejecutoria suprema del 24 de febrero de 2005:

> 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 desviado por los procesados para refaccionar una obra particular ... el mismo que no se encontraba dentro de los proyectos de inversión por parte de los organismos del Estado. (R. N. N.° 199-2004-Cusco, *Jurisprudencia penal II*, Normas Legales, 2005, p. 236)

Si por el contrario el destino diferente es uno que se encuentra fuera de tal esfera, estaremos frente al delito de peculado previsto en el artículo 387 CP y no en el delito en análisis.

La jurisprudencia se ha pronunciado en varios casos al respecto:

Ejecutoria suprema del 18 de noviembre de 1997

> Los actos imputados a los acusados, consistentes en haber destinado los recursos del sobrecanon petrolero para gastos personales, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes, así como el traslado irregular de fondos del Tesoro Público de la partida de remuneraciones a la de bienes, acreditan la comisión del delito de malversación de fondos, así como la responsabilidad penal de los procesados. (Exp. N.° 2846-96-Ucayali, ROJAS VARGAS, 2005, p. 682)

Ejecutoria suprema del 16 de agosto de 1996

> Los actos imputados al burgomaestre, consistentes en haber gestionado y obtenido un préstamo del Banco de la Nación, destinado a la ejecución de obras, pero que fue utilizado por el acusado para adelanto de remuneraciones y otros, no configura el delito de peculado sino el de malversación de fondos. (Exp. N.° 1364-96-B-Lima ROJAS VARGAS, 2005, p. 684)

Ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 1998

> La comisión del delito de malversación de fondos se halla debidamente acreditada con el informe preliminar, dictamen pericial contable y la instructiva del procesado, al haber destinado dinero procedente del canon petrolero a la compra de bienes generales y a la cuenta de gastos corrientes, asimismo al haber utilizado intereses provenientes de la cuenta corriente del programa del vaso de leche a fines distintos a los previstos. (Exp. N.° 6151-97-Piura, ROJAS VARGAS, 2005, p. 463)

Precedente jurisprudencial del 18 de abril de 2002

> Al haber los procesados retirados del Banco de la Nación, la suma de cincuenta mil nuevos soles, fondos obtenidos por concepto de

> cepo vehicular, depositados en la cuenta corriente perteneciente a Defensa Civil del referido distrito, y, con ello, haber cancelado la planilla de trabajadores y jubilados del Consejo distrital y con el informe pericial, queda acreditada la materialidad del delito. (Exp. N.° 2426-99-Lima, ROJAS VARGAS, 2005, p. 334)

Ejecutoria suprema del 4 de febrero de 2002

> El procesado durante su gestión como gerente de la Corporación Departamental de Desarrollo de Ancash, dispuso indebidamente de los recursos intangibles provenientes de los préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo —BID— ordenando que estos fondos se utilicen en gastos de funcionamiento, como el pago de incremento de remuneraciones a los trabajadores, cuando el dinero estaba destinado a la ejecución de proyectos de inversión en la zona. (R. N. N.° 430-2002-Ancash, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 445)

El carácter definitivo de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos significa la imposibilidad de regreso o reintegro de estos a la partida o rubro del destino asignado. Están fueran de la objetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, luego de superada la causa o factor que lo motivó (ROJAS VARGAS, 2002, p. 390).

Si no existe destino expreso de determinados fondos públicos, 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 criterio del funcionario su aplicación siempre para fines públicos (Siguiendo a Carlos Creus, ABANTO VÁSQUEZ, p. 384).

2.5. Afectación al servicio o función pública encomendada

El elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica lo constituye sin duda la afectación o perjuicio al servicio o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. Es decir, la conducta del agente de dar destino público definitivo diferente a lo establecido previamente debe lesionar o afectar el servicio o la función pública encomendada. Por su parte, el profesor Rojas Vargas

(2002, p. 392) —a nuestro parecer, erróneamente— no considera este elemento como uno más del delito de malversación de fondos, puesto que lo tiene como una condición objetiva de punibilidad.

En un caso concreto, si tal afectación no se produce, el delito simplemente no se configura. ¿Cuál será la magnitud del perjuicio? El tipo penal no precisa si el perjuicio o afectación al servicio o función debe ser grave o leve. En consecuencia, se entiende que igualmente aparece el delito así la afectación o perjuicio sea leve o mínimo.

El Poder Judicial, mediante el Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ, ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto 2010, propuso modificar el contenido del artículo 388 CP para tener como elemento objetivo del delito de malversación de fondos la afectación grave del servicio o función pública. Se propuso la siguiente fórmula legislativa: «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 **gravemente** el servicio o la función encomendada, será reprimido». En la exposición de motivos del citado proyecto se argumentaba:

> El criterio de gravedad es la afectación del servicio es igualmente invocado en el delito de malversación de fondos; máxime si dentro del contexto de una moderna administración de los recursos públicos es usual y hasta tolerada la aplicación distinta de una partida para salvar urgencias; circunstancias que han llevado incluso a la posición desincriminadora de este tipo de conductas. Una posición intermedia como la propuesta es la de limitar la intervención penal a los casos de grave afectación al servicio.

No obstante, tal propuesta no fue aceptada por la Comisión de Justicia del Congreso de la República, que dictaminó el 13 de abril de 2011, de manera acertada, según nuestra posición jurídica:

> [I]ntenta reducir el tipo penal, a partir de una justificación pragmática de que se acepte desvíos de partidas presupuestales, sin embargo, esta flexibilidad en cuanto a la ejecución presupuestal por parte del ente estatal y hacer viables ejecuciones presupuestales al margen de los planes ya apróbados en la gestión, es peligroso,

> dados los altos índices de corrupción que existe en el Estado. Además, cada entidad estatal recibe una partida presupuestal conforme haya justificado las necesidades, aceptar el hecho que tenga que desviar un fondo que tenía un destino de uso fijado y por el cual se aprobó a otro, sería abrir una puerta de aprobación de actos de corrupción y falta de seriedad en la distribución del fisco... bajo el argumento que no se afecta gravemente el servicio o la función encomendada.

Debemos precisar por lo demás, que el Poder Judicial en su segundo Proyecto de Ley, ingresado al Congreso el 4 de julio de 2011 no insistió en su fórmula propuesta.

La afectación no solo debe entenderse como peligro de no ejecutarse la obra, por ejemplo, sino incluso bastará con que se afecten los plazos, se incrementen los costos o la calidad de la obra que iba a ejecutarse (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 386). Para tal efecto, sin duda, será necesario realizar una pericia contable para verificar si realmente se ha producido la afectación al servicio o función pública encomendada.

En la ejecutoria suprema del 7 de septiembre de 2004, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, absolviendo de la acusación fiscal al acusado por el delito de malversación, estableció que este delito exige lo siguiente:

> [E]n primer lugar, un cambio de destino —siempre dentro del ámbito público— de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que peligre la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta; que, en el presente caso, es cierto que se aplicaron determinados fondos públicos, de modo definitivo, a un ámbito presupuestario que no correspondía, sin embargo, no existe evidencia alguna que ese dinero en exceso que se desvió al pago de remuneraciones, haya ocasionado concretas afectaciones al servicio que presta Sedapal —se dejó, por ejemplo, de efectuar determinadas adquisiciones o

> contrataciones preestablecidas o planificadas—, o que el servicio se haya encarecido o perdido calidad precisamente a consecuencia de ese desvío de fondos[11]. (R. N. N.° 2331-2002-Arequipa, San Martín Castro, 2006, p. 644)

Esta es posición asumida por la Corte Suprema desde mucho antes. Por ejemplo, la ejecutoria suprema del 6 de noviembre de 1997 (Exp. N.° 5697-96-Huánuco), se pronuncia en tal sentido considerando

> «no haber responsabilidad penal por los cargos de malversación de fondos atribuidos a los funcionarios del núcleo ejecutor de obras —Foncodes— de la ciudad de Huancabamba, al haber destinado a fin distinto el dinero asignado, por cuanto dicho monto imputado fue utilizado en obras que beneficiaron a la comunidad, *no causando agravio al Estado*, ni habiendo constituido incremento económico al peculio de los acusados».

La ejecutoria suprema del 16 de julio de 2004 (R. N. N.° 1100-2003-Lima, Pérez Arroyo, 2005, p. 1324), tiene un sentido similar, pues argumenta que «si bien se aplicó el dinero institucional a una finalidad no autorizada por la ley, empero no aparece evidencia alguna que se produjo una concreta afectación del servicio asignado o a las funciones encomendadas».

En cambio, en la ejecutoria suprema del 5 de abril de 2004 (R. N. N.° 310-2003-Apurímac, Ávalos Rodríguez, y Robles Briceño, 2005, p. 304), se estableció responsabilidad penal del acusado. Allí se argumenta que

> «está acreditada la comisión del delito de malversación de fondos, pues el sujeto activo dio una aplicación definitiva y diferente al dinero o bienes que administraba por su condición de alcalde, concretamente utilizó dinero del Fondo de Compensación Municipal en un porcentaje superior al que estaba asignado para el

(11) También, en el mismo sentido, en las ejecutorias supremas del 25 de septiembre de 2002 (R. N. N.° 2769-2001-Junín) y del 25 de octubre de 2010 (R. N. N.° 3204-2009-Junín).

pago de viáticos y se excedió en el pago de dietas que no estaban siquiera autorizadas, y que excedían en un ciento dos por ciento del total de los ingresos propios de la municipalidad; que sin duda, estas desviaciones han afectado el servicio o la función pública encomendada, con lo que el resultado típico se ha producido».

2.6. Circunstancias agravantes de malversación de fondos

El artículo 2 de la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021, modificó el tipo penal 389 CP e introdujo circunstancias que aumentan la reprochabilidad del agente. Se dispuso que la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: a) el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella; b) la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las diez UIT; c) el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

2.6.1. El autor actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella

Aquí se prevé hasta tres circunstancias: que el autor de la malversación del patrimonio del Estado actúe como integrante de una organización criminal; que el autor actúe como persona vinculada a una organización criminal, o que el autor de la malversación actúe por encargo de la organización criminal. La diferencia entre las tres agravantes salta a la vista. En el primer supuesto, el agente pertenece o forma parte de una organización criminal del tipo que prevé el primer párrafo del artículo 317 CP; en tanto que en los otros dos supuestos, el agente es ajeno a la organización; no pertenece a ella.

La agravante solo se configura cuando el autor de la malversación es integrante de una organización criminal. No tipifica la conducta de los integrante de una banda criminal que prevé el artículo 317-B CP. Entonces, solo se trata de grandes organizaciones criminales, mas

no de las pequeñas que en nuestro sistema jurídico penal reciben el nombre de «banda criminal». En ese sentido, si luego de concluida la investigación del delito de malversación se determina que el autor solo actúo como integrante de una banda criminal, su conducta solo podrá ser sancionada como malversación simple, es decir, con una pena entre no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Y una persona puede estar vinculada a una organización criminal cuando, por ejemplo, le provée armas, vehículos o alimento a los integrantes de la organización con la finalidad que esta cumpla sus fines propuestos. En tanto que, en el último supuesto, el agente de la malversación no está vinculado a la organización criminal, sino que actúa debido a que la organización criminal le ha pedido que así lo haga a cambio, por ejemplo, de un porcentaje de las ganancias de la malversación, o también a cambio de protección personal o a los miembros de su familia, etc. Lo importante es tener en cuenta que, en estos dos supuestos, el agente no forma parte de la organización criminal. Si en el caso en concreto, luego de la investigación del delito, se llega a la conclusión de que el agente de la malversación es integrante de la organización, los hechos se tipificarán en el primer supuesto de la agravante.

Esto último es importante considerarlo para efectos de la graduación de la pena a imponer, por ejemplo, a un vinculado no será posible imponerle los 8 años que prevé la ley, en cambio, al autor de la malversación agravada que actúo como integrante de la organización criminal será posible imponerle el máximo de pena prevista en la ley penal. Pero claro, todo dependerá de los argumentos de defensa que invoque el abogado defensor.

2.6.2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados supere las 10 UIT

La ley N.° 31178 del 28 de abril 2021 agregó al artículo 389 CP las circunstancias agravantes que se configuran cuando la conducta del autor de la malversación recae sobre programas con fines asis-

tenciales, programas de apoyo o programas de inclusión social o programas de desarrollo social. Aquí, el mayor reproche penal está en el mayor daño que la conducta de malversación del fondo público puede causar a los beneficiarios de los programas sociales. Los afectados son pobladores vulnerables.

Programas asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. Los programas de apoyo social hacen referencia a programas más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población de menos recursos. El Estado peruano tiene diversos programas de apoyo, inclusión y desarrollo social, entre los que podemos mencionar: en el Ministerio de Salud, el seguro integral de salud (SIS); en el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, el Programa de Complementación Alimentaria (PCA), Programa Contigo, Programa Juntos, Programa Nacional de Asistencia Solidaria Pensión 65, programa nacional Cuna Más; en el ministerio de educación el programa de becas y crédito educativo (PRONABEC), Beca 18, Beca Casos Sociales, Beca Generación Bicentenario; en el Ministerio de Mi vivienda construcción y saneamiento, el Programa de Techo Propio, el Programa de Nuevo Crédito MiVivienda; en el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vunerables, el Programa Nacional para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar (AURORA); en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Programa del Centro de Asistencia Legal Gratuita (ALEGRA), etc.

La agravante aparece, por ejemplo, cuando el funcionario destina en forma definitiva el patrimonio del Estado presupuestado al programa juntos a la construcción de un monumento en la plaza pública de la ciudad, o cuando el sujeto público da un destino diferente y definitivo al presupuesto del programa nacional Cuna Más. Se verifica la agravante también cuando, por ejemplo, el funcionario encargado de administrar el dinero asignado para la compra de alimentos para los damnificados

del terremoto producido arbitrariamente dispone en forma definitiva de ese dinero para pagar a los obreros contratados para remover los escombros producto del terremoto.

A efectos de la agravante, los programas con «fines asistenciales» o programas de «apoyo social» tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. La conducta del agente debe ser sobre presupuestos destinados a fines asistenciales o programas sociales. Los mismos que surgen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada o cubrir carencias sociales permanentes mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional. Muchos de los programas sociales del Estado peruano están incluidos en el presupuesto anual.

Con finalidad pedagógica, debemos señalar que, en suma, el delito de malversación de fondos públicos agravado requiere: a) que el agente haya actuado en su calidad de funcionario o servidor público; b) que la administración del dinero o bienes públicos se le haya confiado en razón de su cargo; c) que el dinero o bienes objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo social; d) que se produzca aplicación definitiva a un destino diferente al establecido, y, por último, e) que se haya producido un una afectación al servicio o función pública encomendada.

Finalmente, cabe agregar que esta agravante se configura siempre y cuando el valor del dinero, los bienes, los efectos o ganancias involucrados en la operación de malversación descubierta superen las 10 UIT.

Bien sabemos que el valor de la UIT cambia de año en año en el Perú por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas. Así, por ejemplo, para el año 2023 el valor de la UIT es de 4 950 soles según el Decreto Supremo N.° 309-2022-EF. En ese entendido, si los hechos de malversación ocurren en el 2023, se configura la agravante en análisis, siempre y cuando el valor de la malversación supere los 49 500 soles. Si el monto es igual o inferior a aquella cifra, la malversación será calificada como malversación simple.

En definitiva, la conducta de malversación de fondos se agrava cuando el dinero o los bienes están destinados a i) programas con fines asistenciales, ii) programas de apoyo social, iii) programas de inclusión social o iv) programas de desarrollo social, y a estos se les da una aplicación definitiva diferente a la que estaban destinados o presupuestados, afectándose de esa forma el servicio o la función encamendada, claro esta, siempre y cuando el valor del fondo malversado sobrepase las 10 UIT (Caballero Huayllani, 2022, p. 72).

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

Finalmente, se configura la malversación agravada con la concurrencia de agravante y, por tanto, la pena privativa de libertad puede llegar a ocho años, cuando el sujeto público responsable de administrar los fondos para hacer frente a una calamidad pública, emergencia sanitaria (por ejemplo, la COVID-19) se aprovecha de tales circunstancias para malversar el patrimonio del Estado.

Asimismo, se configura la agravante cuando la comisión del delito de malversación compromete o pone en serio riesgo la defensa, seguridad o soberanía nacional. Por ejemplo, cuando el sujeto público encargado de administrar el fondo público para adquirir armas para nuestras Fuerzas Armadas, realiza conducta de malversación y en lugar de adquirir el armamento, dolosamente, utiliza en forma definitiva el presupuesto para el pago de la remuneración mensual del personal.

2.7. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos:

> En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo de dinero y bienes públicos; se trata,

> en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio. (Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003, Exp. N.° 3630-2001-Ucayali, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 208)

Aquí, es importante tener presente que el delito de malversación de fondos tiene directa relación con el rubro de presupuesto público. De ahí que es necesario conocer qué significa «presupuesto público» y cuáles son los principios que lo rigen. En concreto, el presupuesto público es una herramienta o instrumento fundamental de gestión del Estado, pues sirve o permite a las diversas entidades públicas lograr sus objetivos y metas establecidos en su plan operativo institucional. Asimismo, se afirma que es la expresión cualificada, conjunta y sistemática de los gastos para atender durante el año fiscal por cada una de las entidades públicas que forman parte del sector público y refleja los ingresos que financian dichos gastos.

Comprende: a) los gastos que, como máximo, pueden contraer las entidades públicas durante el año fiscal en función a los créditos presupuestarios aprobados y los ingresos que financian dichas obligaciones y b) los objetivos y metas a alcanzar en el año fiscal por cada una de las diversas entidades con los créditos presupuestarios que el respectivo presupuesto les aprueba.

La gestión del presupuesto público se rige por los principios de: equilibrio presupuestal, equilibrio macro fiscal, especialidad cuantitativa, especialidad cualitativa, de no afectación predeterminado, integridad, anualidad eficiencia en la ejecución de los fondos públicos, transparencia y principio de programación multianual. Entre estos, los que nos interesan son los principios de «transparencia presupuestal» que orienta que el proceso de asignación y ejecución de los fondos públicos deben ser difundidos y conocidos en forma necesaria y pertinente por la ciudadanía. En tanto que el principio de «especialidad cualitativa» orienta de que los créditos presupuestales aprobado para las entidades públicas se destinan, exclusivamente, a la finalidad para la cual fueron autorizadas en el presupuesto, así como en sus modificaciones realizadas. Finalmente, tenemos el principio «de no afectación

predeterminado» que orienta de que los fondos públicos de cada una de las entidades públicas se destinan a financiar solo el conjunto de gastos públicos previstos en el presupuesto (título preliminar de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley N.° 28411).

En suma, podemos concluir que alguna conducta de malversación de fondos por parte del funcionario administrador del fondo público afecta o lesiona estos principios que en conjunto podemos denominarlo legalidad presupuestal. Los fondos públicos solo se destinan a financiar los gastos previstos en el presupuesto público previamente aprobado.

2.8. Sujeto activo

De la lectura del contenido del artículo 389 CP, se concluye que estamos ante un delito especialísimo tan igual como el delito de peculado, en el cual aparte que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige además que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los dineros o bienes del Estado.

Solo puede ser sujeto activo de este delito aquel funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla dentro de la administración pública tiene la función de administrar los bienes del Estado. El funcionario o servidor público debe administrar los bienes en función de lo dispuesto por la ley o reglamentos debido al cargo que desempeña.

Este aspecto lo tiene claro la jurisprudencia nacional. En efecto, la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003 (Exp. N.° 3630-2001-Ucayali, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 208), que resolvió un caso real de malversación de fondos públicos, estableció claramente que «el sujeto activo es el funcionario o servidor público que administra dinero o bienes públicos».

En esa línea, para la configuración del delito de malversación de fondos no es suficiente que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público. Además de ello, es exigible que debe tener la función de administrar el dinero o bienes del Estado. Solo los administradores del erario pueden ser autores o candidatos a autores del delito de mal-

versación de fondos. Aquel funcionario o servidor público que no tiene esa condición de administrador a lo más puede ser sancionado como cómplice del citado delito, siempre y cuando actúe junto al funcionario administrador. Caso contrario, esto es, si actúa solo, podrá ser sancionado por otro delito menos por el de malversación de fondos públicos.

En suma, el particular o *extraneus*, el usurpador coyuntural del cargo (solo aquel que asume el cargo en contraposición a la ley o los reglamentos o disposiciones de autoridad competente), así como el funcionario o servidor público, que no tengan vínculo funcional con los bienes públicos objeto del delito, no serán autores del delito de malversación de fondos, sino autores del otro delito o, en su caso, partícipes del delito de malversación cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. En realidad, el particular que ayuda o colabora con el sujeto público obligado en la comisión del delito de malversación de fondos públicos, responde por el mismo delito, pero a título de cómplice.

Es claro que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de malversación, sino también, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 425 CP, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de administrar fondos de cualquier empresa u organismo público. Al igual que como ocurre con el delito de peculado, aquí es necesario que el sujeto público esté ejerciendo el cargo de administrador. En consecuencia, para este delito, no es de aplicación el concepto amplio de «funcionario público» recogido y establecido en la Ley N.° 30124.

2.9. Sujeto pasivo

El agraviado o sujeto pasivo del delito solo es el Estado, como único titular del bien jurídico protegido denominado principio de legalidad presupuestal. La ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2002 (Exp. N.° 1175-2001-Lima, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 200), sin dejar duda al respecto, señala que «en los delitos de peculado y malversación de fondos previstos en los artículos 387 y 389 del Código Penal, el agraviado siempre es el Estado».

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito de malversación es un delito solo de comisión dolosa, por lo que no cabe la comisión por culpa. En consecuencia, requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar y aplicar el dinero o bienes del Estado confiados a su cargo al destino previamente establecido; no obstante, voluntariamente decide darles una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada.

Por su parte, desde su particular estilo, Rojas Vargas (2002, p. 391) sostiene que el tipo es doloso, lo cual significa que el sujeto activo tenga conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes.

Igualmente se configura el delito si el autor actúa con dolo directo o con dolo eventual (Rojas Vargas, 2002, p. 392).

De la estructura del artículo 389, se concluye que no es necesaria la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo (Abanto Vásquez, 2003, p. 387), es decir, por ejemplo, no es necesario para la verificación del delito que el agente público actúe movido o guiado por el ánimo de lucro.

4. ANTIJURIDICIDAD

Después de que se verifica en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 CP.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público (Rojas Vargas, 2002, p. 352; Abanto Vásquez, 2003, p. 364).

La ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1997 (Exp. N.° 2147-96-Lambayeque, Rojas Vargas, 2005, p. 686) da cuenta de un

caso real en el cual se estableció la concurrencia de un estado de necesidad justificante. Allí se argumenta que «si bien se halla acreditado el hecho de haber dado diferente destino a los ingresos por concepto de peaje, el mismo se justifica por el estado de necesidad y falencia de liquidez del municipio, no existiendo dolo en los actos del alcalde y director de la municipalidad».

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar por disposición de la ley previsto en el inciso 8 del artículo 20 CP, como da cuenta el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 8 de enero de 1987:

> Si bien se ha comprobado con la pericia contable que el encausado ha utilizado fondos provenientes de las partidas de promoción municipal para el pago de las remuneraciones de los trabajadores, también lo es que dichos pagos fueron efectuados amparados en disposiciones legales vigentes; en tal sentido se encuentra arreglada a ley la absolución. (Exp. N.° 1111-97-Amazonas, Sala B, ROJAS VARGAS, 2002, p. 413)

5. CULPABILIDAD

Acto seguido, de verificarse que en la conducta típica de malversación de fondos públicos no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, ser mayor de 18 años y no sufrir de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta. Dicho de otra manera, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. Es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición. Ello puede presentarse debido a que, como explica Rojas Vargas (2002, p. 394), en nuestra patria, existe un sinnúmero de disposiciones no siempre claras o precisas del gasto público y de los fines de las partidas presupuestales.

Luego se determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de aplicar un uso distinto y definitivo al dinero o bienes públicos que administra. Es posible que el agente obre en estado de necesidad exculpante.

6. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento y voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a la previamente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada.

Rojas Vargas (2002, p. 392) afirma que el delito se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos diferentes a los previstos. No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente.

Al constituir un hecho punible de resultado, es perfectamente posible que la conducta del agente se quede en el grado de tentativa (Abanto Vásquez, 2003, p. 388). Toda conducta anterior a la real disposición definitiva del dinero o bienes públicos a destino diferente al previsto constituirá tentativa, siempre y cuando se haya traspasado el límite de los meros actos preparatorios.

7. DIFERENCIA ENTRE PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

Son dos hechos punibles cuya estructura presenta diferencias sustanciales, siendo necesario tenerlas en cuenta a fin de calificar en forma correcta un hecho concreto que se presenta en la realidad.

Así, tenemos que en la ejecutoria suprema del 13 de julio de 1999:

> 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. (Exp. N.° 1524-98-Arequipa, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N.° 3, 2000, p. 396)

Precisando aún más la diferencia, también tenemos la ejecutoria suprema de fecha 3 de marzo de 2010:

> Si bien ambas conductas típicas protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, existen marcadas diferencias entre ambas, toda vez, que la malversación consiste en una aplicación o uso diferente y definitivo a los bienes públicos, mientras que el peculado, radica en una apropiación en provecho propio o de terceros ajenos al Estado, esto es, la característica más relevante es que los bienes o caudales, en el primer delito no salen de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del peculado[12]. (R. N. N.° 260-2009-Loreto-Sala Penal Transitoria)

8. PENALIDAD

A causa del artículo 2 de la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021 se modificó el tipo penal 389 CP y se modificó las penas del delito de malversación. Desde ahí, el autor —o autores— del delito en hermenéutica, luego del debido proceso penal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es encontrado responsable respecto del delito de malversación agravada, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren

(12) Esta posición doctrinaria se vuelve a invocar en la ejecutoria suprema del 10 de enero de 2013 (R. N. N.° 1336-2012-Apurimac, Sala Penal Transitoria).

los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Por el delito de malversación agravada, el responsable podrá ser inhabilitado de por vida. En consecuencia, es privado de la función, el cargo o comisión que ejercía. En cuanto a la elección popular, se declara su incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. También es privado de los grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido para cometer el delito.

Como se verifica, la inhabilitación perpétua dispuesta en la ley no es lo que antes se conocía como muerte civil; pues al condenado solo se le inhabilita respecto de determinadas funciones, pero puede desempeñar o desarrollarse plenamente en otras actividades.

§ 16

DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGOS

1. TIPO PENAL

De la revisión del contenido del Código Penal derogado, se concluye que el delito denominado «demora injustificada de pagos» no estaba tipificado. No hay antecedente de tal delito en nuestra legislación penal anterior al Código Penal de 1991. Es el legislador del Código Penal de 1991 que tipifica, por vez primera en nuestra patria, como delito la conducta del funcionario o servidor público que demora injustificadamente un pago ordinario o pago ordenado por autoridad competente copiando literalmente, el artículo 264 del Código Penal argentino (ROJAS VARGAS, 2002, p. 397).

El delito de «demora injustificada de pagos» se encuentra tipificado en el artículo 390 CP vigente, en los siguientes términos:

> 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, conociendo o sabiendo que

tiene o existen fondos disponibles o expeditos, demora de manera injustificada un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

A partir del concepto mismo del hecho punible en hermenéutica jurídica, se evidencia que es necesaria la concurrencia de elementos objetivos para su configuración. Si en un caso concreto se verifica que falta o no concurre alguno de los elementos objetivos que luego analizaremos, la conducta típica no se configura.

Los elementos objetivos son los siguientes: fondos expeditos, demora en el actuar del agente, conducta injustificada y pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo. Veamos en forma breve en qué consiste cada uno de estos elementos.

2.1. Fondos expeditos

El primer elemento objetivo para la configuración del delito lo constituye la verificación de la existencia de fondos disponibles o expeditos. Esto significa que el agente, ya sea funcionario o servidor público, debe conocer y saber que tiene a su disposición caudales públicos (bienes o dinero) para cumplir con su obligación inmediata de hacer los pagos ordinarios o pagos decretados por autoridad competente.

El precedente jurisprudencial del 30 de mayo de 2001 expone en forma pedagógica la concurrencia de este elemento en un caso real:

> El ilícito materia de juzgamiento exige un elemento configurativo indispensable, como es la disponibilidad de fondos, y pese a ello, demora injustificadamente un pago ordenado por autoridad competente; sin embargo, ha quedado debidamente establecido que los fondos de la municipalidad, durante la comisión de los hechos, se encontraban embargados por los interventores judiciales, situación económica que no permitía cumplir con diversos acreedores, entre ellos la empresa agraviada. (R. N. N.° 4355-2000-Lima, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 675)

De verificarse que efectivamente existen fondos disponibles en la caja fiscal, pero están destinados a otros pagos u otros destinos, será

imposible determinar la tipicidad delictiva si el agente demora el pago (Rojas Vargas, 2002, p. 399; Abanto Vásquez, 2003, p. 393).

2.2. Demora en el actuar del agente

Otro elemento importante es la demora con que actúa el agente ante el requerimiento de pago que le hace la víctima. Demorar significa que el agente retarda el cumplimiento de su obligación de hacer los pagos requeridos pese a tener conocimiento de que cuenta con fondos disponibles para tal efecto. El agente sin explicación razonable ni justificada detiene en forma momentánea los montos de los pagos que normalmente debiera efectuar a favor de los administrados.

2.3. Conducta injustificada

Este retardo para configurar el delito en análisis tiene que ser injustificado, esto es, el agente actúa de esa manera sin justificación ni explicación razonable. La única explicación de su actuación arbitraria es el hecho de que esté actuando con la finalidad de ocasionar un perjuicio a la víctima y en otros casos, puede ser que el agente tenga pensado utilizar en forma indebida aquellos fondos.

2.4. Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente

Asimismo, el retardo injustificado tiene que ser sobre el pago ordinario o pagos decretados por la autoridad competente. No se configura el presente delito si el agente demora injustificadamente en el cumplimiento de cualquier otra obligación.

Pagos ordinarios son aquellos que el Estado efectúa habitual y periódicamente de acuerdo con su presupuesto u otra fijación previa, como, por ejemplo, sueldos o salarios a sus funcionarios o servidores (Rojas Vargas, 2002, p. 399). En cuanto a pagos decretados por autoridad competente, estos no son otros que los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas como pueden ser pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto luego de un proceso judicial, etc.

2.5. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, incluidos los mismos funcionarios o servidores públicos. De modo específico, consideramos que se pretende proteger la buena imagen de la administración pública, pues, si el agente demora en forma arbitraria los pagos debidos, el beneficiario y los demás ciudadanos se referiran en malos términos respecto de la administración. Se lesiona directamente los principios de probidad y diligencia de los sujetos públicos que trabajan dentro de la administración.

No es correcto considerar que el objeto específico de este delito sea el tutelar penalmente la viabilidad del destino de parte del patrimonio estatal (ROJAS VARGAS, 2002, p. 398). Este aspecto se tutela con el delito de malversación de fondos ya analizado, previsto y sancionado en el artículo 389 CP.

2.6. Sujeto activo

Se trata también de un delito especialísimo. No es suficiente que el sujeto activo o autor del delito en análisis sea un funcionario o servidor público. A la vez que tiene tal condición o cualidad, por la misma redacción y construcción del tipo penal, es necesaria la concurrencia de un elemento adicional como es la relación funcional de este con los fondos públicos. Es decir, el agente debe tener la facultad y en otros casos el deber, de hacer pagos al interior de la administración pública. Para ello, sin duda, la administración pública le asigna determinados fondos, los que deben estar disponibles.

Este último aspecto es fundamental. Si en un caso real el operador jurídico llega a verificar que el investigado no tenía ni tiene la facultad de hacer pago alguno, descartará de modo inmediato la comisión del delito.

Los funcionarios o servidores públicos sin relación funcional o los particulares que colaboren o participen junto al sujeto público con relación funcional, responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices.

Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 398) enseña que solo puede ser autor el funcionario o servidor bajo cuya competencia se halla el efectuar los pagos o dar la orden para los pagos; no obstante, luego, en forma errónea y sin explicación alguna, señala que el tipo penal no exige en forma expresa la concurrencia de relación funcional.

2.7. Sujeto pasivo

Siempre el Estado, al ser el único titular del bien jurídico protegido. Sin embargo, teniendo presente que con el hecho necesariamente se genera u ocasiona un perjuicio directo a los beneficiarios de los pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, estos se constituyen en víctimas del delito.

En esta línea se ha pronunciado la ejecutoria suprema del 16 de abril de 2002 (R. N. N.° 3434-2001-Arequipa, Salazar Sánchez, 2004, p. 463), cuando expresa que «dada la naturaleza de este delito, con el retardo del pago de las dietas a regidores, no solo es sujeto pasivo la administración pública, sino también las personas perjudicadas con la demora injustificada del pago».

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la construcción del tipo penal, se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia de parte del agente. El agente siempre funcionario o servidor público conociendo que tiene la obligación de hacer los pagos requeridos y conociendo también que cuenta para ello con fondos disponibles, voluntariamente y en forma inexplicable retarda hacerlos.

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 (Abanto Vásquez, 2003, p. 393; Rojas Vargas, 2002, p. 400).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se trata de un delito de comisión por omisión y de mera actividad. De similar opinión es Abanto Vásquez (2003, p. 393). En cambio, de

postura jurídica diferente es Rojas Vargas (2002, p. 401), quien señala que se trata de un delito permanente.

El delito de demora injustificada de pagos ordinarios o pagos ordenados por autoridad competente se perfecciona al momento de verificar el retardo en la ejecución de los pagos requeridos, pese a existir fondos públicos disponibles para tal efecto. Por la forma de construcción del tipo penal, se trata de un delito de comisión por omisión simple. El agente arbitrariamente omite cumplir con su obligación en el tiempo establecido.

Un dato importante a tener en cuenta es el hecho de que el pago o los pagos requeridos deben realizarse necesariamente, luego de la demora en que incurrió el sujeto activo. Si, por ejemplo, en un caso concreto el pago no se realiza pese a los reiterados requerimientos, el delito en análisis será desplazado por el delito previsto y sancionado en el artículo 391 CP, conocido como «rehusamiento a la entrega de dinero» (Rojas Vargas, 2002, p. 400).

Como el delito en hermenéutica jurídica se perfecciona por omisión, es común sostener que es imposible la tentativa en sus diversas modalidades (Abanto Vásquez, 2003, p. 393; Rojas Vargas, 2002, p. 401).

5. PENALIDAD

El agente que en su condición de funcionario o servidor público haya cometido este delito será sancionado luego del debido proceso con pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

§ 17

REHUSAMIENTO A ENTREGAR BIENES A LA AUTORIDAD

1. TIPO PENAL

El delito que denominamos de «rehusamiento a entregar bienes a la autoridad» no tiene antecedente en la legislación nacional. El legislador habría tomado como fuente directa el artículo 264 CP argentino. Sin embargo, ello no significa que para su interpretación vayamos a sustentarnos en la doctrina argentina, pues ya hemos argumentado que el legislador nacional es particular en este ámbito. No siempre copia literalmente sus fuentes, sino que pone algo de su cosecha. Este proceder particular genera que la construcción del tipo penal no sea igual al de la fuente.

Por ejemplo, para efectos comparativos, el citado numeral del Código Penal argentino regula el delito en análisis en los siguientes términos: «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». En cambio, el artículo 391 CP peruano tipifica el delito en los términos siguientes:

> **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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, rehúsa, niega o se opone a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración a la autoridad competente pese a los requerimientos efectuados con las formalidades de ley.

Del concepto, observamos que es necesaria la concurrencia de varios elementos objetivos para configurar objetivamente el delito en hermenéutica jurídica, tal como lo establece el artículo 391 CP. Si uno de esos elementos falta en una conducta determinada el delito no aparece. Veamos enseguida cada uno de los elementos.

2.1. Conducta de rehusar a entregar

Rehusar es negarse o, pudiendo hacerlo, no querer efectuar la entrega de bienes a la que se halla obligado por ley o en cumplimiento de sus obligaciones del cargo que desempeña al interior de la administración pública. El tipo penal no prevé aquí expresamente que el sujeto activo pueda alegar una causa de justificación para legitimar su comportamiento (ROJAS VARGAS, 2002, p. 405). Se trata de una orden de autoridad competente que el funcionario o servidor público tiene que cumplir con la puesta a disposición de bienes, dinero o efectos.

Rehusar la entrega consiste en negar explícita o implícitamente la entrega de bienes, cosas o efectos ante un requerimiento previo. El rehusarse implícito se verificará cuando el agente coloque o deje el bien fuera del alcance del beneficiario, es decir, de quien debe recibirlo (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 395; ROJAS VARGAS, 2002, p. 405).

En esta línea de interpretación, la Suprema Corte en la ejecutoria suprema del 13 de enero de 2005 ha establecido como precedente judicial de cumplimiento obligatorio para todos los jueces lo siguiente:

Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 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 la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente. Por lo tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *animus rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad. (R. N. N.° 2212-2004-Lambayeque)

2.2. Objeto del delito: dinero, cosas o efectos

El objeto del delito está indicado expresamente en el tipo penal. Allí se señala que el objeto del delito lo constituye el dinero, cosas o efectos.

El **dinero** es el medio físico de cambio con valor económico de un país representado en billetes y monedas.

Por su parte, **efectos** es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitido por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

En tanto que **cosas** indica los bienes muebles o inmuebles con valor patrimonial pertenecientes a la administración pública. Para efectos penales, no es de recibo el concepto amplio de cosas, referido a todo ente que ocupa un espacio físico con valor o sin valor patrimonial.

En suma, y así se precisa en la ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2003: 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 las formalidades de ley por la autoridad competente, rehúsa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo custodia o administración. (R. N. N.° 4176-2001-Ica, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 473)

2.3. Relación funcional entre el agente y el objeto del delito

Otro elemento fundamental del delito en análisis lo constituye la relación funcional que debe existir entre el agente siempre funcionario o servidor público y el objeto del delito. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito en análisis no se configura así haya evidente negativa del agente ante un requerimiento de autoridad competente.

En efecto, para configurarse el delito es condición *sine qua non* que el bien público objeto de la entrega que el agente rehúsa entregar esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública u órdenes de autoridad competente. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con el dinero, cosas o efectos o tenerla por asumida, con lo que basta solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Es suficiente con 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 lo 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.

Si no hay forma de que el agente disponga legalmente del dinero, cosas o efectos requeridos por la autoridad competente, es imposible la comisión del delito en hermenéutica jurídica.

2.4. Existencia de depósito, custodia o administración

Para la configuración del delito en análisis, también es necesario que la relación funcional del agente con el dinero, cosas o efectos se base en la posesión generada mediante tres modalidades establecidas expresamente en el tipo penal: depósito, custodia o administración.

El **depósito** es un acto jurídico por el cual se entregan bienes, dinero o efectos a una persona natural o jurídica para su tenencia y cuidado por un tiempo determinado, con la obligación expresa de entregar o devolverlo (Rojas Vargas, 2002, p. 405).

Administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones.

Finalmente, el otro título que genera la posesión del dinero, cosas o efectos con el agente es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: **custodiar**, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de estos por parte del funcionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural (Rojas Vargas, 2002, p. 335; Abanto Vásquez, 2003, p. 353).

2.5. Autoridad competente

El requerimiento al agente para que haga la entrega del dinero, cosas o efectos tiene que hacerlo una persona que tiene la calidad de ser autoridad competente para tal efecto. Es decir, autoridad competente es aquella que por el cargo, función o jerarquía tiene atribuciones para efectuar requerimientos (Rojas Vargas, 2002, p. 406). Si en un caso real concreto, el operador jurídico llega a determinar que la autoridad que efectuó el requerimiento no tenía competencia para ello, descartará la comisión del delito pese a que la negativa de la entrega sea evidente.

2.6. Requerimientos con formalidades de ley

Otro elemento objetivo expreso del tipo penal lo constituye el requerimiento con las formalidades de ley que debe realizar la autoridad competente. El requerimiento no es otra cosa que una orden conminatoria al cumplimiento de una obligación por parte en este caso del agente del delito. La orden que se emite debe tener las formalidades que

la ley establece. De esa forma, antes de nada, será necesario que antes de que la autoridad competente realice el requerimiento, aquella emitirá una resolución debidamente fundamentada, luego el requerimiento se efectuará por notificación escrita —esta notificación tiene que ser puntual, es decir, se le indicará que entregue o ponga a disposición de la autoridad el dinero, cosas o efectos que tiene a su disposición—.

Este punto es importante, pues si se verifica que la notificación no fue específica para la entrega de dinero, cosas o efectos, sino general o, en su caso, tenía otro tipo de requerimiento, también se descartará la comisión del delito.

2.7. Bien jurídico protegido

Como todos los delitos de esta sección, el bien jurídico general es, sin duda, el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Mientras que el bien jurídico específico lo constituye el principio de autoridad que sustenta toda la administración pública. El agente al desobedecer el requerimiento efectuado por autoridad competente lesiona o pone en peligro evidente el principio de autoridad.

2.8. Sujeto activo

Del contenido del artículo 391 CP, se concluye que estamos ante un delito especialísimo en el cual aparte de que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público, se exige, además, que aquel cuente con una relación funcional ineludible con el dinero, cosas o efectos.

Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desempeña como depositario, custodio o administrador del bien objeto del delito tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) el dinero, cosas o efectos que tiene la obligación de entregar o devolver.

No es suficiente que para la configuración del delito de negativa a entrega de bienes a la autoridad sea requisito indispensable que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público.

2.9. Sujeto pasivo

Solo el Estado, al constituirse en el único titular del bien jurídico protegido con el delito.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito en hermenéutica jurídica es de comisión dolosa; no se admite su comisión por culpa o negligencia del agente. Ello significa que el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, actúa con conocimiento de que una autoridad competente le viene requiriendo la entrega de dinero, cosas o efectos; no obstante, en forma voluntaria rehúsa obedecer la orden dispuesta. No se requiere algún elemento adicional al dolo.

Es habitual en la doctrina peruana considerar que solo es posible su comisión por dolo directo (ROJAS VARGAS, 2002, p. 405; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 396).

Asimismo, es posible la existencia de un error de tipo vencible. En cambio, no es posible admitir un error de tipo invencible. La presencia del requerimiento efectuado por autoridad competente hace suponer que el agente toma conocimiento de la orden de entregar o devolver el dinero, cosas o efectos que tenga en su poder a título de depositario, custodio o administrador.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tratándose de un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, se perfecciona o consuma cuando el agente ante el requerimiento realizado por autoridad competente hace caso omiso a la entrega o devolución de los objetos del delito.

La consumación es formal, basta la negativa formal o material, pero siempre y cuando sea posible la entrega o devolución y el sujeto activo se niegue a ello. Si le es imposible entregar por causas 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 fuerza mayor que escapan a sus ámbitos de responsabilidad, estaremos ante una hipótesis de ausencia de acción para configurar el delito (Rojas Vargas, 2002, p. 406).

Al constituir un delito de comisión por omisión y, por ende, de mera actividad, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa.

5. PENALIDAD

El autor del delito, luego del debido proceso penal, de ser encontrado responsable será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de dos días ni mayor de dos años.

6. EJECUTORIA SUPREMA VINCULANTE

Con finalidad pedagógica, reproducimos la ejecutoria suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la cual se estableció como precedente vinculante el extremo donde se hace la distinción típica del delito de rehusamiento a entregar bienes a la autoridad competente, frente al delito de peculado por extensión, aspectos que en la práctica judicial se venían confundiendo. En el hecho real, objeto de la ejecutoria suprema, por ejemplo, se había imputado a la acusada el delito de peculado por extensión cuando jurídicamente se trataba simplemente de un delito de rehusamiento a un requerimiento efectuado por la autoridad.

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA
R. N. N.° 2212-04-LAMBAYEQUE

Lima, trece de enero de dos mil cinco

VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO: Primero.-** Que la condenada Ana Teresa Vigil Pérez ha interpuesto recurso de nulidad contra la sentencia de fojas ciento noventa y siete, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro. **Segundo.-** Que la recurrente sostiene a fojas doscientos seis que el hecho que se le imputa no se subsume en los supuestos contemplados en el artículo 387 CP, toda vez que no utilizó como propio ni se apropió de los bienes que le fueron entregados en custodia por razón de su cargo de depositaria judicial; por lo que la denuncia de parte y acusación fiscal son meros argumentos genéricos que no forman convicción sobre la consumación del delito y no ha afectado la presunción de inocencia que la ampara. **Tercero.-** Que la tipicidad de los hechos imputados es una exigencia procesal vinculada al principio de legalidad penal. Ella consiste en la adecuación de la conducta que se atribuye al imputado a la descripción legal de un delito formulada en abstracto por la ley penal. **Cuarto.-** Que en el caso sub iúdice, es de precisar que no se trata de «determinar alternativamente» la figura típica que corresponde a la conducta ilícita de la procesada Vigil Pérez, sino por el contrario, de calificar correctamente el hecho delictivo que se le imputa y subsumirlo en el tipo penal correspondiente, en cumplimiento de las exigencias de legalidad, que deben observarse en todo proceso penal. **Quinto.-** 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 él 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 391 CP, 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 la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente (Ver Creus, Carlos, Derecho penal. Parte especial, cuarta edición, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 307; Abanto Vásquez, Manuel A., Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, segunda edición, Palestra Editores, Lima, 2003, p. 395; Rojas Vargas, Fidel, Delitos contra la administración pública, tercera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, p. 405). Por lo tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *animus 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 iúdice, 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 387 en concordancia con el artículo 392 CP; no obstante, el comportamiento ilícito realizado por la precitada encausada se adecúa al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad previsto y sancionado 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 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 perso-

nas 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 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, tal como consta en fojas treinta y tres. **Octavo.-** Que la prescripción ordinaria de la acción penal opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad; y a los dos años si el delito es sancionado con pena no privativa de libertad; sin, embargo cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del Ministerio Público o del órgano judicial, la acción penal prescribe de modo extraordinario, al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo *in fine* del artículo 83 del Código Penal. **Noveno.-** Que tomando en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos *sub iúdice*, esto es, el tres de septiembre de dos mil uno, y las penas previstas en la ley para el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad conforme al artículo 391 del Código Penal, es de inferir que el plazo extraordinario de prescripción a la fecha se encuentra vencido en exceso. Que no tratándose de un delito que afecta el patrimonio del Estado, sino el mandato de la autoridad no es de aplicación el párrafo *in fine* del artículo 80 para el cómputo de la prescripción. **Décimo.-** Que, en consecuencia, habiéndose adecuado la conducta ilícita de la procesada Vigil Pérez al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, y establecido la diferencia con el delito de peculado por extensión, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo 301-A, del Código de Procedimien-

tos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N.° 959; y, estando a las consideraciones antes expuestas; **DECLARARON:** HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento noventa y siete, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil cuatro que condena a Ana Teresa Vigil Pérez, por el delito de peculado por extensión y, REFORMÁNDOLA, DECLARARON: prescrita de oficio la acción penal contra Ana Teresa Vigil Pérez, por el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, en agravio del Segundo Juzgado de Paz Letrado de Chiclayo y Repuestos Trujillo Sociedad Anónima representado por Ernesto Naveda Sandoval; **MANDARON:** archivar definitivamente el proceso; DISPUSIERON: la anulación de los antecedentes penales y judiciales que se hubieren generado, de conformidad con el Decreto Ley N.° 20579; **DISPUSIERON:** que la presente Ejecutoria Suprema, constituya 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; ORDENARON: que el presente fallo se publique en el diario oficial *El Peruano*; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS. VILLA STEIN, VALDEZ ROCA, PONCE DE MIER, QUINTANILLA QUISPE, PRADO SALDARRIAGA.

§ 18

PECULADO POR EXTENSIÓN

1. TIPO PENAL

Los supuestos delictivos que comúnmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, han sido etiquetados como «peculado por extensión» o «peculado impropio» tienen su antecedente en el artículo 347 del derogado Código Penal de 1924. Sin embargo, en el actual Código Penal se regulan estos supuestos en el artículo 392, cuyo contenido es el 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.**

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

Para un mejor análisis de los supuestos que consideremos configuran el delito de peculado por extensión o peculado impropio, remitimos al lector a todo lo explicado anteriormente respecto de aquellos ilícitos

penales. Aquí vamos a precisar aspectos importantes para tener una idea clara de cuándo estamos ante los supuestos previstos y sancionados por el artículo 392 CP.

Es necesario recordar el contenido exacto y la explicación efectuada al analizar los hechos punibles previstos y sancionados en los artículos 387, 388 y 398 CP a los que hace referencia el tipo.

El delito de peculado previsto en el artículo 387 CP es de comisión dolosa como culposa. El peculado doloso se define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público, en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, de los caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le están confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

En la ejecutoria suprema del 13 de enero 2005, se precisa en forma plausible lo siguiente:

> 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 o debido a 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. (R. N. N.° 2212-04-Lambayeque)

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

Al sujeto activo, además de exigírsele que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito. De esa forma, tanto en el peculado doloso como cul-

poso solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El funcionario o servidor público debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública. No basta con que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto o, en su caso, hurto de uso. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

No obstante, por disposición expresa del artículo 392 CP, también pueden ser sujetos activos del delito de peculado previsto en el artículo 387 aquellos que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, 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 dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

En la ejecutoria suprema del 17 de febrero de 2010, se precisa lo siguiente:

> El delito de peculado por extensión ... constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos a quienes no tienen la condición de fun-

> cionario o servidor público, completando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso. (R. N. N.° 493-2009-Ica- Sala Penal Permanente)

Y viene la pregunta: ¿cómo un extraño o particular a la administración pública, es decir, aquel que no trabaja para el Estado, puede ser considerado funcionario o servidor público para estos efectos? La respuesta la encontramos en el contenido del inciso 4 del artículo 425 CP. Allí se establece que se consideran funcionarios o servidores públicos «los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares».

La ejecutoria suprema del 7 de octubre de 2004, con propiedad, argumenta:

> Es del caso precisar que el denominado «peculado impropio» requiere por parte del agente —en este caso del depositario— un acto de disposición de los bienes —caudales o efectos— sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que ordenó el embargo, y que el acto de disposición puede adoptar todas aquellas formas que importa la apropiación de los bienes del destino que, por razón de la medida de embargo, están reservados en el procedimiento donde aquella se trabó. (R. N. N.° 2736-2003, San Martín Castro, 2006, p. 634)

Por su parte, el artículo 388 regula el hecho punible de peculado de uso o por distracción, el que se perfecciona cuando el funcionario o servidor público para fines privados o particulares hace, usa, tolera o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado.

Por disposición del segundo párrafo del artículo 388 CP, el delito de peculado de uso también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados para fines privados o particulares hace uso o

permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se hallan bajo su guarda o cuidado.

Aquí también, aparte de exigirse al agente que reúna con la condición de funcionario o servidor público, se exige además que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los bienes muebles no fungibles del Estado o bienes particulares que se encuentran bajo la custodia de la administración pública.

Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal. El funcionario o servidor público (inciso 4 del artículo 425 CP) debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón o debido al cargo que desempeña.

También sujetos activos del delito pueden ser los contratistas de una obra pública, o sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o cualquier dependencia pública por expresa disposición del segundo párrafo del artículo en análisis.

No obstante, en aplicación del artículo 392 CP, también se constituyen en sujetos activos del delito de peculado de uso los ejecutores coactivos, los administradores o depositarios de 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 bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Eso sí, es condición *sine qua non* que los bienes objetos del delito constituyan vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o particulares. Incluso se configura el delito de peculado de uso por extensión si aquellos bienes están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

En cuanto al artículo 389 del que hace mención el artículo 392, este tipifica el delito de malversación de fondos públicos, el que se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, de

modo definitivo otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública fijada.

Igual que en los delitos anteriores, aparte de que el agente debe reunir la condición de funcionario o servidor público (inciso 4 del artículo 425 CP), se exige además que aquel tenga una relación funcional ineludible con el dinero o bienes del Estado. Solo puede ser sujeto activo de este delito aquel funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración pública tiene la función de administrar los bienes del Estado. El funcionario o servidor público debe administrar o custodiar los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes emitidas por autoridad competente debido y debido al cargo que desempeña.

Sin embargo, por disposición expresa del artículo 392 CP, también pueden ser sujetos activos del delito de malversación de fondos públicos aquellas personas 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.

Un caso real tipificado como delito de malversación previsto en el artículo 392 CP fue objeto de la ejecutoria suprema del 10 de febrero de 2005:

> Si bien, conforme al artículo 389 CP el delito de malversación requiere que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público que administra concretos caudales públicos, calidad que desde luego no tiene el imputado, pues es un padre de familia sin ningún vínculo con el Estado, empero, el artículo 392 CP [...] incorporó una figura extensiva en relación con dicho tipo

> penal, de malversación por extensión, en cuya virtud también cometen este delito 'todas aquellas personas o representantes de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social'; que, siendo así, la conducta ejecutada por el imputado, de haber dado un uso diferente al dinero de la ganancia de la segunda campaña del convenio con el Pronaa, aprovechando de su cargo como tesorero del núcleo ejecutor, está incurso en el artículo 392 CP, en concordancia con el artículo 389 lo que en modo alguno importa una infracción constitucional, en tanto que dicho tipo penal tutela el patrimonio estatal identificando concretamente a un individuo en función a un hecho concreto y a una circunstancia claramente definida en relación a claros deberes de custodia o administración circunscritos a puntuales modalidades de apoyo asistencial o social. (R. N. N.° 3102-2004-Santa, PÉREZ ARROYO, 2005, p. 2006)

Presentado así el análisis, podemos concluir que no se trata 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 preventivos-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 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 411; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 398).

En todos los supuestos, debe concurrir la relación funcional ineludible entre el sujeto activo y el objeto del delito. Si no es posible verificar o encontrar alguna forma de acreditar la relación funcional, el delito de peculado o malversación extensivo no se configura. La relación funcional entre el agente y el objeto del delito se constituye en característica fundamental en los supuestos delictivos regulados en los artículos 387, 388 y 389 CP.

Analicemos brevemente quiénes pueden ser sujetos activos del delito de peculado impropio según el artículo 392 CP.

2.1. Administradores o custodios de dinero de las entidades de beneficencia y similares

Son particulares a quienes las personas jurídicas de beneficencia o similares le han confiado la administración o custodia de su dinero. Asimismo, aquellos que administran o custodian el dinero.

Las entidades de beneficencia o similares hacen referencia a personas jurídicas inscritas o no inscritas, privadas o públicas, cuya constitución tiene como finalidad prestar servicios de asistencia social. Ejemplo de este tipo de entidades lo constituyen la beneficencia pública, las fundaciones dedicadas a prestar asistencia social, la cruz roja internacional, las sociedades de auxilio mutuo, el Banco Mundial, etc. (Abanto Vásquez, 2003, p. 401; Rojas Vargas, 2002, p. 412).

La ejecutoria suprema del 27 de setiembre de 2010 (R. N. N.° 3348-2009-La Libertad, Sala Penal Permanente) da cuenta de un caso tipificado como peculado por extensión, en el cual el sentenciado se apropió de donaciones provenientes del Banco mundial, el mismo que es un organismo especializado de Naciones Unidas que se define como fuente de asistencia financiera y técnica para los países en desarrollo, cuya misión es combatir la pobreza. Entre otras actividades ofrece donaciones para diversos fines, tales como inversiones para el desarrollo del sector privado, la agricultura y gestión ambiental y de recursos naturales:

> El objetivo de esa donación (constitución y puesta en funcionamiento de un Bosque Eólico de tres MW en la comunidad de Paiján), compatible con la misión del Banco Mundial, y su destinatario: una comunidad campesina cumple la exigencia típica prevista en el primer punto del citado artículo 392 del Código Penal: administradores o custodios de dinero perteneciente a entidades de beneficencia o similares. El Banco Mundial y el programa que puso en ejecución se adscribe o adecua claramente a esa característica esencial de ser, para estos concretos fines, una entidad de asistencia social, de promoción del desarrollo. Los recursos que proporcionaron, bajo la forma de una «donación»,

tenían un objetivo preciso y estaban sujetos a un control por el Banco. Al imputado, a su vez, como presidente de la Comunidad de Paiján, le correspondía la administración del recurso donado —facultad de disposición de los bienes para aplicar a determinadas finalidades—, parte del cual lo destinó a fines de los convenidos y otra parte llanamente se lo apropió. La conducta atribuida y probada es típica y se subsume en el tipo legal del artículo 392 del Código Penal.

El error de este precedente radica en que declaró haber nulidad en la sentencia en cuanto condenó al procesado como autor de los delitos de peculado y malversación por extensión en agravio del Estado; reformándola consideraron como agraviada solo a la Comunidad Campesina de Paiján. Consideramos que el error deviene de considerar que el bien jurídico de los citados delitos es el patrimonio. Precisamente, como ya hemos dejado expresado — incluso así lo tiene aceptado la Corte Suprema—, el bien jurídico en los delitos de peculado y malversación son deberes o principios que dan funcionalidad al Estado, y el único titular de aquellos deberes y principios es el Estado, no los particulares.

2.2. Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Son aquellas personas que han sido previamente nombradas administradores o depositarios (persona encargada de custodiar un bien y devolverlo cuando lo solicite el depositante) por orden de autoridad competente, es decir, autoridad en ejercicio normal de sus funciones, para administrar o custodiar dinero o bienes embargados o depositados. Aquellos pueden ser trabajadores del Estado o particulares sin ninguna relación laboral con el Estado. Lo característico es que la relación funcional entre el agente y el objeto del delito lo crea o establece una orden emitida por autoridad en pleno ejercicio de sus funciones. La orden para tener eficacia debe reunir las formalidades que la ley establece.

Los bienes o dineros objeto de la apropiación o utilización deben tener la condición de embargados o depositados, esto es, deben ser bienes o dineros sobre los cuales la autoridad competente ha ordenado trabar embargo o ha ordenado su depósito. Si el objeto del delito no tiene esa calidad, el delito de peculado por extensión se descarta.

El derecho vivo y actuante, por ejecutoria suprema del 17 de febrero de 2010 (R. N. N.° 493-2009-Ica, Sala Penal Permanente), declaró haber nulidad en la recurrida y reformándola absolvió a la acusada:

> Es de precisar que la descripción típica prevista en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal prevé los siguientes condicionamientos: a) que se trata de administradores o depositarios; y b) que la designación de administrador o depositario se produzca sobre bienes embargados; o en depósito, provenientes de una orden judicial o de autoridad competente ... que los «administradores» a que se alude en el referido tipo penal son aquellos que provienen de una designación oficial por parte de autoridad competente en el marco de una orden de embargo o de depósito, y no de nombramientos derivados de actos convencionales, contractuales o de designaciones de administradores de personas jurídicas o patrimonios autónomos ... que, en este orden de ideas, si bien la encausada fue designada como administradora judicial de los bienes de la sucesión Jorge Rojo Donayre mediante resolución de fojas once, del dieciocho de setiembre de mil novecientos noventa, no lo fue como producto de un embargo o un depósito dispuesto por alguna autoridad, sino que resultó titular de dicho cargo como consecuencia de una resolución judicial recaída en un trámite de «seguridad de bienes» correspondientes al causante Jorge Rojo; que en tal virtud, los hechos incriminados no se subsumen a cabalidad en la descripción típica del delito materia del proceso.

Por otro lado, la autoridad competente no solo se reduce a la autoridad judicial que bien puede nombrar administradores, por ejemplo, sino a toda autoridad que tiene la facultad o atribución de nombrar administradores o depositarios de bienes embargados o depositados como pueden ser funcionarios de la SUNAT, Municipalidad, etc.

En este ámbito, como señala Rojas Vargas (2002, p. 413), se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal del hecho de que la mención al depositario se halle también prevista en el artículo 190 CP, referido al delito de apropiación ilícita, al mismo tiempo que en el inciso 4 del artículo 425 CP y, por ende, en el artículo 392 en análisis.

Sin embargo, como ya lo hemos dejado establecido, al interpretar el delito de apropiación ilícita agravada (Salinas Siccha, 2019, p. 1435) —teniendo en cuenta el principio de especialidad de aplicación de las normas de carácter penal, por el cual, ante un aparente conflicto de normas penales aplicables a un caso concreto, se aplicará la norma que prevé en forma específica y precisa el supuesto de hecho, y se dejará de lado las demás (*lex especialis derogat lex generális*)—, consideramos que los depositarios judiciales solo son pasibles de cometer el delito de apropiación ilícita agravada previsto en el artículo 190 CP.

Este numeral se refiere en forma específica a los depositarios judiciales como agentes del delito; en tanto que el artículo 392 en análisis, se refiere a depositarios designados por autoridad competente, esto es, la norma es más general. De modo que el artículo 392 está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad competente facultada para designar depositarios o custodios como, por ejemplo, los intendentes de la Sunat, la autoridad municipal, la autoridad del Indecopi, etc.

Por otro lado, resulta indiscutible que el depositario judicial que tiene a la vez la calidad de funcionario o servidor público y se apropia de los bienes públicos o de un particular que le fueron entregados en depósito o custodia cometerá el delito de peculado impropio. Igualmente, cometerá delito de peculado por extensión el depositario judicial particular, si el objeto de la apropiación o utilización constituyen, dinero o bienes del Estado.

De similar posición es Rojas Vargas (2002, p. 414), cuando señala que para el caso del artículo 190 es del todo claro que se trata de un sujeto activo particular que comete el delito de apropiación ilícita. El origen de la relación del sujeto con el bien del cual se apropia es

producto de una decisión del juez que le designa custodio, por lo que se encuentra sometido a las determinaciones normativas del Código Procesal Civil. Esta reducción de la vinculación a la establecida entre el sujeto activo y el juez no se aprecia en la figura del peculado extensivo, en la cual el depositario, si bien igualmente es un sujeto particular, debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes.

De plantearse en el debate la posibilidad de un aparente concurso de normas entre los artículos 190 y 392 CP, bajo el supuesto de que el sujeto activo sea un depositario judicial, no cabe concluir que exista realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso del depositario judicial su intervención como autor del delito patrimonial común se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado por extensión, en el cual tiene que existir obligatoriamente una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la administración pública.

Ahora bien, pese a que la jurisprudencia erróneamente así lo considera, en puridad, por ejemplo, no constituyen delito de peculado impropio o por extensión los hechos reales objetos de las siguientes ejecutorias supremas:

Ejecutoria suprema del 8 de marzo de 2002

> De las pruebas actuadas en autos se colige que la acusada fue nombrada depositaria judicial de una refrigeradora, lavadora y un equipo de sonido, posteriormente se dispuso la desafectación de dichos bienes embargados, ordenándose a la procesada que los pusiera a disposición del juzgado, quien pese a ser requerida no cumplió con hacerlo por lo que se acredita el delito de peculado y su responsabilidad penal de la justiciable. (Exp. N.° 3764-2001-Arequipa, Salazar Sánchez, 2004, p. 355)

Ejecutoria suprema del 12 de enero de 2000

> Se tiene que se ha acreditado la comisión del delito, así como la responsabilidad del procesado, tanto con el acta de entrega

del vehículo, copia de la boleta de depósito judicial, auto del que se colige que se levantó el embargo que pesaba sobre el vehículo y auto del cual se desprende que el procesado no había cumplido con entregar el vehículo que le fue confiado en depósito judicial por el juzgado civil. (Exp. N.° 3245-2000-Lima, ROJAS VARGAS, 2002, p. 745)

Ejecutoria suprema del 20 de marzo de 2003

Fluye de autos que el encausado en su calidad de depositario judicial se apropió del bien que fue dejado bajo su custodia por el órgano jurisdiccional, puesto que al ser requerido no puso en disposición de la autoridad competente dicho bien. (R. N. N.° 686-2001-Arequipa, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 496)

No obstante, este problema de interpretación habría llegado a su fin (SALINAS SICCHA, 2012, p. 166). De hecho, llegando a parecida solución del aparente conflicto de normas penales aplicables, por ejecutoria suprema del 21 de febrero de 2012 (R. N. N.° 3396-2010-Arequipa), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha dispuesto como presente vinculante normativo que, en estos casos, la norma aplicable es la prevista en el artículo 190 CP porque es la más favorable para el procesado que la norma penal 392. Aplicando el principio de favorabilidad, la Suprema Corte ha llegado a tal solución; aunque lo real y concreto es que, en forma más razonable, pudo llegar a tal conclusión aplicando el principio que reza: *lex especialis derogat lex generalis*. En efecto, actualmente en el Perú constituye precedente vinculante lo siguiente:

Al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente —*en cuanto a la condena y pena a imponerse*—, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: «*la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales —como es el presente caso—*»; por lo tanto, este Supremo

> Tribunal considera que ... al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada —*regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal*—; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas.

Por otro lado, resulta indiscutible que si el depositario judicial tiene a la vez la calidad de funcionario o servidor público y se apropia de los bienes públicos o de un particular que le fueron entregados en depósito o custodia, su conducta se subsumirá en el tipo penal de peculado por extensión. De igual modo cometerá delito de peculado por extensión el depositario judicial particular, si el objeto de la apropiación o utilización lo constituyen dinero o bienes del Estado.

2.3. Persona o representantes legales de personas jurídicas que administran o custodian dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social

Sujeto activo del delito de peculado impropio puede ser cualquier persona natural o jurídica que administra o custodia dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Un caso real en el cual se atribuye el delito de peculado impropio cuando el agente reúne esta condición fue objeto de la ejecutoria suprema del 26 de enero de 2001, que resolvió declarar infundada la excepción de naturaleza de acción planteada por los procesados:

> El artículo 392 del Código Penal, considera también como sujeto activo del delito de peculado al particular que administra dinero perteneciente al Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En el caso de autos, el dinero entregado por el Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social —Foncodes— con motivo del convenio suscrito con el núcleo ejecutor del proyecto de capacitación en panificación y alta panadería estaba destinado a un programa de apoyo social, donde los representantes del núcleo ejecutor eran los que tenían

> la administración de tales fondos, conforme se describe en el convenio y el proyecto; que, siendo así, dichos representantes del citado núcleo ejecutor tendrían la calidad de sujetos activos del delito de peculado por extensión, conforme a lo previsto en el artículo 392 del Código Penal y por ende del delito de corrupción de funcionarios, consecuentemente no resulta amparable la excepción de naturaleza de acción. (R. N. N.° 3017-2000-Lima, PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1438)

Asimismo, la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2003 estableció:

> La conducta desplegada por los sujetos activos, configura el tipo penal de peculado por extensión, al haberse apropiado, en su condición de depositarios, del material de construcción destinado al Programa de Apoyo al Repoblamiento —PAR—, que si bien es cierto, los recurrentes no tienen la calidad de funcionarios públicos, sin embargo, en su condición de proveedores de materiales de construcción del Programa de Apoyo Social al repoblamiento, entidad perteneciente al Promudeh sostenido con fondos del Estado, su conducta se encuentra dentro del delito de peculado por extensión, delito especial impropio. (Exp. N.° 3253-2002-Huancavelica, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 490)

La expresión «todas las personas» alude a aquellas que administran o custodian dineros o bienes sin diferenciación de jerarquía, calidades especiales o título de origen. «Representantes legales» es una locución de uso jurídico utilizada para designar a aquellas personas naturales que formalmente han sido designadas estatutariamente o por actos formalizados de voluntad jerárquica para actuar a nombre de las personas jurídicas (ROJAS VARGAS, 2002, p. 415). Rige en este supuesto el artículo 27 CP.

3. PRECEDENTE VINCULANTE

SALA PENAL PERMANENTE CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
RN. N.° 3396-2010- AREQUIPA

Lima, veintiuno de febrero de dos mil doce

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de Héctor Piedra Muñoz contra la sentencia de fojas mil quinientos cincuenta y tres, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil diez, que lo condenó como autor por el delito contra la Administración Pública –peculado por extensión en agravio del Estado– Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo plazo bajo determinadas reglas de conducta; interviene como ponente el señor juez supremo Neyra Flores, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO

Primero: Que la defensa técnica del encausado Héctor Piedra Muñoz, fundamenta su recurso de nulidad a fojas mil setenta y siete, alegando lo siguiente: I) que no es cierto que haya celebrado una transacción extrajudicial con el representante de la empresa «Alemán», mediante el cual asume la deuda de la empresa «Expreso Sud Americano»; además, no se hizo nombrar depositario judicial del vehículo embargado; esto a razón de que no es trabajador de la empresa deudora; II) es falso que se le haya entregado el vehículo embargado en la puerta del juzgado y que fuera instruido en sus obligaciones como depositario judicial, porque no existe documento que acredite dicha aseveración; que es falso que haya sido requerido para entregar el ómnibus, porque en autos no obra ninguna certificación que acredite haber sido notificado en forma personal en su domicilio real; III)concluye que los fundamentos del señor fiscal y Procurador Público están dirigidos al delito comprendido en el artículo trescientos noventa y uno del Código Penal, es decir, rehusarse a la entrega de un bien; sin embargo, se le ha condenado por el delito de peculado por extensión, conducta que

no se configura en el presente caso; por lo que solicita se declare la nulidad de la sentencia, por no encontrarse arreglada a ley.

Segundo: Que, de la descripción fáctica de la acusación fiscal a fojas doscientos diecisiete, se sostiene que el representante de la empresa grifo «Alemán» interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra la empresa «Expreso Sud Americano» por la suma de cinco mil quinientos nuevos soles, proceso que se tramitó ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, procediendo dicho Juzgado, a pedido de parte, a disponer el embargo sobre el ómnibus de placa de rodaje UI- ocho mil cuarenta y siete de propiedad de la empresa demandada, el mismo que fue internado en el depósito oficial de vehículos el día veinticinco de julio de mil novecientos noventa y ocho. En estas circunstancias, se hizo presente el encausado Piedra Muñoz, quien firmó ser apoderado de la empresa «Expreso Sud Americano» y logró convencer al representante de la empresa grifo «Alemán» para que celebraran una transacción judicial mediante la cual reconoció la deuda y el compromiso de cancelarla, fraccionando un calendario de pago y variando la medida cautelar, haciéndose nombrar depositario judicial del vehículo embargado, ante el Primer Juzgado de Paz Letrado mediante acta de entrega de fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho, donde fue instruido debidamente sobre sus obligaciones en su condición de Órgano de Auxilio Judicial. Posteriormente, este se mostró renuente a entregar el vehículo, pues aun cuando fue notificado y requerido con las formalidades de ley en el mes de setiembre de dos mil uno, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, sostuvo haberlo entregado a la empresa «Expreso Sud Americano» y agregó que la transacción en la que había intervenido 'carecía de validez' pues jamás fue apoderado de la referida empresa, habiendo actuado en connivencia con los gerentes de esta.

Tercero: Que antes de entrar a analizar las pruebas actuadas en el presente caso, es necesario indicar si el comportamiento del imputado se encuadra en el delito contra la Administración Pública —peculado por extensión o en el delito contra el Patrimonio— apropiación ilícita en su forma agravada, ya que ambos tipos penales regulan la conducta del encausado en su condición de depositario; siendo necesario por lo tanto realizar algunas precisiones:

1) el delito contra la Administración Pública —peculado por extensión— se encuentra regulado en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal, que establece: «están sujetos a lo prescrito en los artículos trescientos ochenta y siete a trescientos noventa y nueve, los que administran o custodian dinero pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente aunque pertenezcan a particular, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o, programas de apoyo social», siendo así, esta figura penal comprende por lo tanto, qué particulares (como en el presente caso) se vinculan en forma circunstancial y temporal con la Administración Pública; es de indicar, además que el precedente vinculante establecido en el considerando quinto de la ejecutoria suprema número dos mil doscientos doce-cero cuatro, de fecha trece de enero de dos mil cinco, dejó sentado que en el denominado delito de peculado por extensión o peculado impropio, sus verbos rectores alternativos de comportamiento típico son apropiarse y utilizar, por cuanto existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal a los 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: al sujeto activo, además de exigirle que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos y caudales del Estado objeto del delito.

II) Por otro lado, el delito de apropiación ilícita en su forma agravada, regulado en el inciso dos del artículo ciento noventa del Código Penal, se refiere a que: «*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...*», es de indicar que en este caso el «depositario judicial» se trata de una persona, que inscrita en el listado respectivo, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial, son por lo tanto

nombrados por el Juez de la causa. Que el «depositario judicial» ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera de un proceso, de forma específica, siendo en esta clase de delito el verbo rector la apropiación de forma definitiva del bien o cuando hace uso determinado de aquel; estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que afecte el bien, que haya de advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa.

Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención «depositario» —condición *imputada al encausado*— se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente —*en cuanto* a la condena y *pena a* imponerse—, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a este, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: «La aplicación de la ley más favorable *al* procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales —como *es el presente caso*—»; por lo tanto, este Supremo Tribunal considera 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 el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada —regulada en el segundo párrafo del artículo 190 CP—, por cuanto resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas.

Quinto: Que, en cuanto a la desvinculación realizada por este Colegiado Supremo, es de indicar que esta se encuentra regulada en el artículo doscientos ochenta y cinco-A del Código de Procedimien-

tos Penales —sentencia y acusación, modificatoria de *la* acusación fiscal— y lo establecido en el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, en el tercer párrafo del punto número nueve y once, en la que sostiene: «Como se sobe, el *objeto* del proceso *penal* —o, con más *precisión*, el hecho *punible*— es *fijado* o delimitado *por la Fiscalía, a partir* del *cual* se consolida y desarrolla los *principios acusatorios —eje de esa institución* procesal *y que, en puridad,* conforma al Juez— y de contradicción —referido a la actuación de las *partes*—. Ello no quiere decir, desde luego, que *las* demás *partes* no incidan en la *determinación* o ámbito de la sentencia del *Tribunal* —o *que* esta solo debe pronunciarse acerca de los aspectos *fijados* por la acusación—. El *principio* de exhaustividad, a *su* vez, impone la obligación al Juez de pronunciarse sobre losalcances más relevantes de los hechos, de las *pruebas y* de las pretensiones de las *demás* partes procesales o de la *resistencia* hecha valer *por* el acusado, *que es la que* se denomina, propiamente, el objeto del debate. Entonces, *el* hecho *punible* se delimita en el *juicio* oral por el Fiscal o acusador, mientras *que* el acusado y las demás partes —*civiles en este* caso—; si bien no pueden *alterar* el objeto del proceso, sí pueden ampliar el objeto del debate. En segundo lugar, *también* se ha de tomar en cuenta las peticiones de *las* partes debidamente formuladas, de modo tal que el Trib*unal ha de* concretar su cognición a los *términos* del debate»; y, «La *tipificación del hecho punible —el título* de imputación— *también* puede ser alterada de oficio *en* alguna medida, ya sea porque *exista un* error en la *subsunción normativa* según la propuesta de la *Fiscalía o* porque concurra al hecho una *circunstancia modificativa específica no* comprendida en la acusación, casos en los que *resulta* imprescindible cambiar el título de condena»; y, «En ambos casos el *referido* artículo doscientos *ochenta* y *cinco-Adel* Código de Procedimientos Penales exige que el *Tribunal* lo *indique a las partes,* específicamente al acusado —*que es* lo *que* se denomina (plantear la tesis de desvinculación)—... ».

Sexto: Aunado a ello, es de señalar que la defensa técnica del encausado, presentó en el decurso del proceso, esta circunstancia de desvinculación, conforme se observa de su escrito de fojas quinientos cincuenta y siete —*que en el tercer* fundamento, *sostiene que* la falta de *apropiación* del *bien* recibido y falta de *utilización* del

mismo, como propio de parte de su patrocinado, hace *inexistente el* delito de peculado por extensión objeto de la acusación lo que evidencia porque *su* defendido no se *ha beneficiado y nunca actuó* como si *fuera* el dueño como lo *requiere el artículo* ciento noventa del Código Penal... (*sic*); así como en su punto número III, no procede delito de peculado por extensión, al no haber *una resolución* expresa *pronunciada por* autoridad competente, o sea el Juez Civil nombrando depositado a mi patrocinado. V) *criterio fundamental* para *la existencia del* delito, ya *que en* el caso de autos, *la* designación como órgano de auxilio judicial de mi patrocinado es *atípico (sic)* — situación por la cual, este Supremo Tribunal considera que de conformidad con la Norma Procesal y Precedente Vinculante enunciado, la conducta del procesado debe adecuarse al delito contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita agravada, regulado en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, por ser más favorable al reo.

Sétimo: Por último, si bien en este caso se ha establecido que la conducta del encausado encuadra en el delito de apropiación ilícita en su forma agravada regulado en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, desde la fecha de los hechos imputados (setiembre de dos mil uno) a la actualidad han trascurrido once años y cinco meses y siendo que este ilícito penal, sanciona con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, por ello, de conformidad con el artículo ochenta en concordancia con el último párrafo del artículo ochenta y tres del Código Penal, el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal sería a los nueve años, tiempo máximo que tiene el Estado para que a través de su potestad punitiva satisfaga intereses de política criminal, orientados a lograr la paz social y al reconocimiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales del imputado; por lo tanto, con la acción penal extraordinaria, el delito ha prescrito en exceso.

Octavo: Que, conforme al artículo trescientos uno-A del Código de Procedimientos Penales —incorporado por el artículo dos del Decreto Legislativo número novecientos *cincuenta* y nueve de fecha diecisiete de agosto de dos mil *cuatro*—, lo anotado en el cuarto considerando de la presente resolución Suprema —referido a la aplicación de la *ley* más favorable al procesado en caso de conflicto

entre leyes *penales*— constituye precedente vinculante normativo de cumplimiento obligatorio por los órganos jurisdiccionales de la República del Perú.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

1.- HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil cincuenta y tres, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil diez, que lo condenó a Héctor Piedra Muñoz como autor por el delito contra la Administración Pública —peculado por extensión en agravio del Estado— Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su plazo de tres años bajo determinadas reglas de conducta; Reformándola establecieron que los hechos imputados a Héctor Piedra Muñoz se encuentran tipificados en el delito contra el Patrimonio-apropiación ilícita agravada, previsto en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal; y, estando al tiempo trascurrido, declararon: PRESCRITA DE OFICIO la acción penal contra Héctor Piedra Muñoz por el delito contra el Patrimonio —apropiación ilícita agravada en agravio del Estado— Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa; DISPUSIERON: la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado, de conformidad con el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; MANDARON archivar definitivamente el proceso; II.- DISPUSIERON: ***que lo anotado en el cuarto considerando de la presente Ejecutoria Suprema constituye precedente vinculante normativo***; MANDARON: que la presente resolución sea publicada en el diario oficial *El Peruano* así como a través del portal o página web del Poder Judicial; y, los devolvieron. Interviene la señora jueza suprema Villa Bonilla por impedimento del señor juez supremo Salas Arenas.

SS. VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO, PARIONA PASTRANA, NEYRA FLORES, VILLA BONILLA.

§ 19

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

1. CUESTIÓN PREVIA

Antes de empezar a analizar cada uno de los tipos penales que regulan supuestos o conductas, que en conjunto denominamos «corrupción de funcionarios», es necesario señalar que el fenómeno de la corrupción, en los tiempos actuales, se ha convertido en un problema mundial de implicancias múltiples, tanto para la economía de los países, las reglas de convivencia social, los estilos de conducción política y prácticas funcionales como para la moral de los pueblos. Tal súbita irrupción en los escenarios del protagonismo mundial ha sido posible por los efectos de la globalización de la economía, las comunicaciones y la mundialización de la cultura, que incluso ha permitido cohesionar los rasgos comunes de tal fenómeno, en lo que se ha dado en denominar «la cultura de la corrupción», anticultura extendida por los confines del planeta con prescindencia del régimen político o la formación económico-social del país del que se trate (ROJAS VARGAS, 2002, p. 436).

No obstante, esto no significa que el problema de la corrupción sea reciente. Simplemente ocurre que las condiciones actuales del escenario político e informativo se han convertido en los desencadenantes idóneos para destapar realidades negativas que antes

permanecían soterradas o eran de conocimiento de reducidos grupos de personas que difícilmente denunciaban, o, si lo hacían, no tenían respuesta positiva de los órganos encargados de administrar justicia.

Ante la constatación de la existencia de la corrupción en todas las esferas de los países, los Estados no podían seguir siendo simples observadores de este grave problema que amenaza la estabilidad y la seguridad de las sociedades, puesto que socava las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y, sin duda, compromete el desarrollo sostenible de los países y el imperio de la ley. Es así como se han firmado múltiples instrumentos jurídicos internacionales encaminados a prevenir y combatir la corrupción.

En otros, tenemos la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y vigente en el Perú desde el 4 de julio de 1997. También el 26 de mayo de 1997, el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Luego el 27 de enero de 1999, el Comité de ministros del Consejo de Europa aprobó el Convenio de derecho penal sobre la corrupción. En el mismo sentido, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 12 de julio de 2003 aprobaron la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. El 29 de septiembre de 2003, las Naciones Unidas aprobaron la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Finalmente, en diciembre de 2003, en la ciudad de Mérida-México se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento internacional que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y que de acuerdo con el artículo 55 de la vigente Constitución Política del Estado forma parte de nuestro derecho interno.

Se ha llegado al consenso general de considerar que la corrupción ha dejado de ser un problema local o nacional para erigirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías.

Situación que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y combatirla. La prevención y la erradicación de la corrupción es responsabilidad de todos los Estados y, por ende, estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que los esfuerzos sean eficaces contra este flagelo mundial. Para ello, se requiere de un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir en forma eficaz la corrupción (preámbulo de la Convención de la ONU contra la Corrupción en vigor desde el 14 de diciembre 2005). Un mecanismo —y quizá el más importante, en este esfuerzo— es el derecho penal, instrumento con el qué cuentan los Estados para reprimir los actos de corrupción y hacer posible que, mediante la prevención general negativa y positiva de la pena, los funcionarios públicos y los particulares se abstengan de realizar conductas corruptas y más bien se fomente una cultura de rechazo a la corrupción.

§ 20

COHECHO PASIVO PROPIO

1. TIPO PENAL

El antecedente más inmediato y directo del artículo 393 que regula los supuestos delictivos denominados «cohecho pasivo propio» es, sin duda, el artículo 349 CP derogado de 1924, el mismo que fue modificado por el Decreto Legislativo N.° 121 de junio de 1981. En forma parecida fue la fórmula que adoptó el legislador en el Código Penal de 1991 (ROJAS VARGAS, 2002, p. 467; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 423). Posteriormente, el tipo penal original se modificó por el artículo 1 de la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004. Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, actualmente la fórmula legislativa tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta o trescientos sesenta y cinco días-multa.**
>
> **El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o**

beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis 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.

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 años ni mayor de diez 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

En la ejecutoria suprema del 16 de mayo 2003, se describen los elementos objetivos del delito en hermenéutica jurídica:

> El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado, se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido. (R. N. N.° 14-2001-Lima, PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1457)

2.1. Comportamientos delictivos

El numeral 393 CP 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, siempre funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) se perfecciona cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales.

De igual modo, el segundo párrafo del numeral 393 CP establece tres supuestos delictivos particulares: a) el que se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) el que se configura cuando el agente funcionario o servidor público solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 393 CP tipifica como hechos punibles dos supuestos: el primero se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja, y el segundo se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja.

Todas estas hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a actos, en general, inherentes a las funciones o servicio propio del sujeto activo. En los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia, no configuran cohecho pasivo. Sin duda, la mayoría de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo propio 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), mientras que este último obtiene provecho del acto funcional o de servicio cometido u omitido por el funcionario o servidor (ROJAS VARGAS, 2002, p. 469). 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 ocho conductas punibles puestas en evidencia.

2.1.1. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones

El supuesto delictivo puede materializarse hasta en dos conductas o modalidades, las que para su comprensión vamos a explicarlas por separado. Así, tenemos que una primera modalidad se materializa cuando el agente siempre funcionario o servidor público acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a los deberes normales que desempeña al interior de la administración pública.

En este supuesto, el verbo rector es **aceptar**, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir y adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a 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 competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a sus deberes. El delito se configura a pesar de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad

o, pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo prometido u ofrecido, no realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Aun cuando la modalidad de corrupción de funcionarios por **aceptar** donativo, promesa o cualquier otra ventaja para realizar un acto quebrantando los deberes funcionales no presenta mayores inconvenientes de interpretación, el 30 de septiembre de 2005, los vocales supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República, en aplicación del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reunieron en el Primer Pleno Jurisdiccional y dictaron el Acuerdo Plenario N.° 1-2005/ESV-22 por el cual por unanimidad acordaron declarar como precedente vinculante el fundamento cuarto de la ejecutoria suprema del 22 de marzo de 2005:

> El delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 CP 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. (R. N. N.° 1091-2004-Lima)

La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de los deberes normales que desarrolla al interior de la administración pública. 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 siempre funcionario o servidor público con la finalidad específica de realizar un acto quebrantando sus deberes al interior de la administración pública, 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 a sus deberes. El delito se configura independientemente de si, por ejemplo, el funcionario o servidor público pese a haber recibido lo prometido u ofrecido no realiza el acto que lesiona sus deberes. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.2. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones

Este supuesto delictivo puede materializarse hasta por dos conductas o modalidades. Así tenemos que una primera modalidad se materializa cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de omitir o abstenerse de realizar un acto en violación a los deberes normales que desempeña al interior de la administración pública.

En este supuesto, el verbo rector es **aceptar**, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para abstenerse de realizar un acto en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente omite o se abstiene de realizar un acto, con lo que transgrede 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 funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de omitir, prescindir, desatender, incumplir o descuidar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad.

Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de prescindir, abstenerse, desatender, incumplir, descuidar u omitir un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio para prescindir u omitir un acto en violación de los deberes normales que desarrolla al interior de la administración pública. Aquí el verbo rector es **recibir**, que se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente (funcionario o servidor público), con la finalidad específica de abstenerse, incumplir, descuidar o prescindir de un acto —quebrantando sus deberes al interior de la administración pública—, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

El delito se configura independientemente de que el funcionario o servidor público reciba lo prometido u ofrecido y no omita o prescinda del acto violatorio de sus deberes, al que se comprometió. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de no hacer un acto al que estaba obligado, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales

Este supuesto delictivo se materializa por una conducta o modalidad. Se materializa cuando el agente acepta donativo, promesa

o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado o quebrantado los deberes normales que desempeña al interior de la administración pública.

Aquí 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 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 que transgrede 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 funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio 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.

2.1.4. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente, en forma directa o indirecta, solicita a otra persona que le dé donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a sus obligaciones funcionales que desarrolla al interior de la administración pública.

En este supuesto, el verbo rector es **solicitar**, el que se entiende como pedir, procurar, gestionar o requerir algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público 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 un acto en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el

agente realiza un acto que transgrede de 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 funcionario o servidor público.

La ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2000 presenta un caso real de la modalidad de solicitar:

> Aparece de autos que se incrimina al procesado en su condición de Inspector de Migraciones solicitar al procesado suma de dinero a efectos de no ponerle a disposición de la autoridad, por el hecho de haber presentado una libreta militar falsificada para la tramitación de su pasaporte; el procesado, tanto en su instructiva como en el juicio oral niega haber solicitado dinero a su coacusado, habiendo únicamente retenido su libreta electoral para dar cuenta al Director de migraciones, afirmación que se halla desvirtuada por el informe elevado al Director de Pasaportes en el que reconoce ser consciente de haber procedido mal en aceptar el dinero, poniendo a su disposición los documentos y el dinero recibido. (Exp. N.° 321-2000-Lima, ROJAS VARGAS, 2002, p. 754)

También la ejecutoria suprema del 4 de mayo de 2010 da cuenta de otro hecho real de corrupción por la modalidad en análisis. En ella, se precisa que según la acusación fiscal:

> El encausado Narciso Lázaro Barueto, en su condición de director del Colegio Nacional «Santa Úrsula» del caserío de Hualcán comprensión de la Provincia de Carhuaz, solicitó y recibió una ventaja económica de parte de la sentenciada Vera Mejía, a fin de asignarle la plaza de docente en la especialidad de Historia y Geografía. (R. N. N.° 1020-2009-Áncash, Sala Penal Permanente)

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a 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 o servidor público reciba realmente lo solicitado o procurado y no realice el acto quebrantador de sus deberes prometidos. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.5. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente en forma directa o indirecta solicita a otra persona donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de prescindir u omitir un acto al que está obligado en violación a sus obligaciones funcionales que desarrolla al interior de la administración pública.

El delito se configura cuando el sujeto activo, siempre funcionario o servidor público, de forma directa o indirecta, pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de prescindir, desatender, incumplir, descuidar, abstenerse u omitir un acto al que está obligado en violación a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente omite o se abstiene de efectuar un acto, con lo que transgrede 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 funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona cuando el agente solicita o requiere el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de descuidar o prescindir de un acto, en violación a sus deberes funcionales. El delito se configura independientemente de que después, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad, o pese a que el funcionario o servidor público que recibe realmente lo solicitado o procurado no realice el acto violatorio de sus deberes prometido. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con

el fin de omitir o abstenerse de efectuar un acto al que está obligado, lo que transgrede sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

En la ejecutoria suprema del 23 de julio de 2003, se argumentó:

> Cabe precisar que para la norma sustantiva, resulta irrelevante el destino que el sujeto activo pretenda otorgar al dinero obtenido mediante un acto de corrupción, incluso puede tratarse de buscar un beneficio personal o de terceros, por ello, lo esbozado por el encausado, al aducir que se trataba de un donativo cuya finalidad era apoyar la candidatura política de su esposa no lo exime, por cuanto el cohecho pasivo propio se funda en el quiebre de su integridad, en la transgresión a los dictados de su función, situación que se manifiesta cuando este solicita la ventaja pecuniaria bajo el ofrecimiento de no investigar actos irregulares de la caja de pensiones militar y policial, lo que implicaba un recíproco intercambio de prestaciones en quebrantamiento de su mandato como congresista. (R. N. N.° 11-2001-Lima, PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1511)

2.1.6. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones

Este supuesto delictivo se materializa cuando el agente solicita, requiere o gestiona la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado o quebrantado los deberes normales que desempeña al interior de la administración pública.

El delito se configura cuando el sujeto activo (funcionario o servidor público) de forma directa o indirecta pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, pero por el hecho de que antes ha faltado a sus deberes funcionales. Esta última parte se materializa cuando el agente antes de solicitar o requerir el donativo, promesa o cualquier otra ventaja ya ha transgredido 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 funcionario o servidor público.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes. Para configurarse el delito, no es necesario acreditar que lo solicitado se haya realmente entregado. Si en un caso concreto se determina que efectivamente lo requerido lo recibió el agente, estaremos ante un delito agotado.

2.1.7. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja

Este supuesto delictivo se configura cuando el funcionario o servidor público, ante un tercero, condiciona su conducta funcional al interior de la administración pública a la entrega de donativo o cualquier otro tipo de ventaja. Aquí el agente solicita al tercero que le facilite, otorgue, transfiera, adjudique o le entregue un donativo o cualquier otra ventaja a cambio de que aquel realice u omita los deberes que desempeña al interior de la administración. «Condicionar» significa que el agente le afirma al tercero que, si le entrega un donativo, realizará el acto funcional en su beneficio; al contrario, si no le entrega el donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio. Es una conducta de corrupción muy característica de algunos funcionarios o servidores públicos.

2.1.8. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja

Este supuesto delictivo se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, ante un tercero, condiciona su conducta funcional al interior de la administración pública a la promesa de un donativo o cualquier otro tipo de ventaja. Aquí el agente solicita al tercero le haga la seria promesa de que le entregará un donativo o cualquier otra ventaja a cambio de que aquel realice u omita los deberes que desempeña al interior de la administración. «Condicionar» significa que el agente le afirma al tercero que, si le hace la promesa de entregarle en el futuro inmediato un donativo,

realizará el acto funcional en su beneficio; al contrario, si no le hace tal promesa, realizará el acto funcional en su perjuicio.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

De la lectura del artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 9 de diciembre de 2005, se advierte que la convención no tipifica como *delito de cohecho pasivo propio* varios de los supuestos regulados por la legislación nacional. En efecto, el artículo 15 de la Convención prescribe que cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, «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 la otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales» (Letra «b» del numeral 15 de la Convención de la ONU contra la Corrupción). Sin embargo, también el inciso 2 del artículo 65 del mencionado instrumento jurídico internacional, prescribe que «cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente convención a fin de prevenir y combatir la corrupción». De modo que la legislación nacional no se contrapone ni entra en conflicto con la Convención de la ONU contra la Corrupción.

2.2. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente, siempre funcionario o servidor público, 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 de cohecho no aparece (R. N. N.° 1875-2015-Junín). En esta ejecutoria, la sala penal transitoria de la Corte Suprema absolvió a los acusados, debido que no se había acreditado al acuerdo previo o pacto venal en orden a aceptar o recibir, solicitar y condicionar un acto funcional o un donativo, promesa o ventaja.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, por lo que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde 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. (ROJAS VARGAS, 2002, p. 450).

La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente 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.

Al igual que Rojas Vargas (2002, p. 452) y Abanto Vásquez (2003, p. 433), aseveramos que el contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa puede ser directa, explícita o indirecta, y utilizar 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 la calidad de funcionario o servidor público, siempre —claro está— que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario con la promesa efectuada.

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 con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

Aquí no debemos pasar por alto lo siguiente. Si el lector coge un libro que interpreta el Código Penal español, encontrará que el solicitar o aceptar favores sexuales no tipifica el delito de cohecho. Pero eso sirve para los españoles. Para nosotros sí tipifica el delito en análisis por la misma construcción de la fórmula legislativa. Rojas Vargas (2002, p. 454) y Abanto Vásquez (2003, p. 436) adoptan similar posición.

Las coimas son los donativos nimios, o en pequeña cantidad o valor, dados al funcionario o servidor público para acelerar trámites, procesos; obviar entrampamientos burocráticos, o motivar en general la voluntad del agente. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos (Rojas Vargas, 2002, p. 454).

2.3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, respecto del bien jurídico específico, en la doctrina se han ensayado hasta tres posiciones (Rojas Vargas, 2002, p. 455):

i. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos. El sujeto activo al realizar una conducta de cohecho se torna infiel a la administración.

ii. Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Las decisiones que asume el sujeto público en el servicio que presta a favor de los usuarios deben realizarse sin interferencias (a esta posición se adhiere Abanto, 2003, p. 422). No hay duda de que, si hay de por medio una coima, el sujeto público deja de ser imparcial y más bien se parcializa con el usuario de la administración que le dio o prometió alguna ventaja indebida.

iii. Cautelar el principio de la gratuidad de los actos públicos. Los actos públicos que realiza el sujeto público están ajenos a las prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos, salvo las excepciones que la propia ley establece (ejemplo, el pago de tasas). El autor al realizar una conducta de cohecho pone en tela de juicio o lesiona el principio de gratuidad del acto público. La gratuidad del acto público es un principio de organización y funcionamiento de la administración pública. Es más, el sujeto público debe contentarse con la remuneración mensual que recibe de la administración pública. Su trabajo normal y natural en el Estado ya es remunerado, por lo que no existe justificación razonable alguna que esté recibiendo cualquier tipo de prestaciones de particulares u otros sujetos públicos. Los actos funcionales que realizan los sujetos públicos en favor de los administrados son gratuitos, con la excepción del pago de alguna tasa que previamente debe estar establecida en la ley.

Consideramos que las tres posiciones resumen desde visiones distintas el bien jurídico específico que se pretende tutelar con los supuestos delictivos que en conjunto reciben la denominación de cohecho pasivo propio que prevé el tipo 393 CP. En consecuencia, los bienes jurídicos que se pretenden cautelar son los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los trabajadores del Estado.

2.4. Sujeto activo

El delito de cohecho pasivo propio es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. Los particulares están excluidos de ser autores de este delito. Estos solo pueden ser atribuidos al mismo delito en su calidad de cómplices, si se llega a verificar su intervención en la conducta del funcionario o servidor público.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. Si no tiene competencia y solo, por ejemplo, interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, aquel no será imputado el delito de cohecho pasivo propio, sino el delito de tráfico de influencias (ROJAS VARGAS, 2002, p. 468; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 427).

Para efectos del delito en hermenéutica jurídica sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción[13] y ahora recogida en nuestro país por la Ley N.° 30124. Allí se precisa que, para la Convención, se entiende «por funcionario público o servidor público a todo 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».

Aquí se asume un concepto amplio de «funcionario» o «servidor público», pues abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, por lo que es irrelevante el hecho de que no hayan juramentado o no hayan asumido realmente sus funciones.

2.5. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

---

(13) El 29 de marzo de 1995, el Perú suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N.° 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N.° 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del Derecho interno, en aplicación del artículo 55 de la Constitución Política vigente. Una definición parecida, pero más amplia y aplicable, es recogida en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005 como se anota más adelante.

Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal, solo esta se constituirá en sujeto pasivo, excluyéndose al Estado. Este es el sentido de la ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998:

> Conforme a lo establecido por esta suprema sala en numerosas ejecutorias, tratándose de delitos contra la administración pública en perjuicio de los gobiernos locales o regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, toda vez que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación. (Exp. N.° 5431-97-Arequipa, ROJAS VARGAS, 2005, p. 593)

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 393 del *Corpus iuris penale* son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el funcionario o servidor público interviene conociendo perfectamente que actúa, hace, omite o prescinde de un acto oficial al que está obligado en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede.

Interpretando el Código Penal español, Muñoz Conde (2001, p. 960) precisa que solo es punible la comisión dolosa; el funcionario debe ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello.

Consideramos que solo es posible el dolo directo. Por tanto, no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo propio se materialice por medio de dolo eventual (ROJAS VARGAS, 2002, p. 477). Por su parte, Abanto Vásquez (2003) señala que «el conocimiento y la voluntad de la finalidad o destino del "soborno" recibido o solicitado, que debe conocer y querer el funcionario, hace que se excluya el dolo eventual» (p. 445).

El agente desde el primer momento sabe y conoce que acepta, recibe, solicita o condiciona su actuar a la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto al que está obligado quebrantando sus deberes u obligaciones funcionales.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Como ya hemos explicado, el artículo 393 en análisis recoge diversos comportamientos delictivos, los que se perfeccionan o consuman como sigue.

4.1. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

La primera conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad, o pese a que el funcionario o servidor público reciba realmente lo prometido u ofrecido no realice el acto violatorio de sus deberes. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

La segunda modalidad 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 a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el funcionario o servidor público recibió lo prometido u ofrecido o no, y realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

4.2. El agente acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

La primera modalidad se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente del donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de omitir, abstenerse, prescindir, desatender, incumplir o descuidar un acto en violación de sus deberes. El delito se configura independientemente de que, luego, lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de prescindir, desatender, incumplir, descuidar u omitir un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

La segunda modalidad se perfecciona cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, con la finalidad específica de incumplir, descuidar, abstenerse o prescindir de un acto, que quebranta sus deberes al interior de la administración pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe un donativo o cualquier otra ventaja indebida. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de no hacer un acto al que estaba obligado, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

Ambos supuestos son delitos de mera actividad.

4.3. El agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales

La conducta se perfecciona con el hecho de aceptar o admitir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes. El delito se configura independientemente de que, luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad.

4.4. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de que, luego, lo solicitado o requerido no se haga realidad o, pese a que el funcionario o servidor público reciba realmente lo solicitado o procurado, no realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero, donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

La ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2004 ofrece un caso real de cohecho pasivo propio consumado:

> Con el mérito del acta de registro personal, corroborada con las declaraciones directas y uniformes de las alumnas, así como con la testifical de los efectivos policiales que realizaron la operación de intervención en flagrancia, se acredita que el acusado abusando del cargo de docente del colegio... solicitó dinero a las citadas alumnas para que aprueben o mejoren sus notas en los cursos que les dictaba, hecho que tipifica el delito de cohecho propio consumado. (R. N. N.° 642-2003-Lima, Pérez Arroyo, 2006, p. 1466)

4.5. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de descuidar, abstenerse o prescindir de un acto, en violación a sus deberes funcionales. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier

otra ventaja con el fin de omitir o abstenerse de efectuar un acto al que está obligado, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

4.6. El agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar o requerir por parte del agente, en forma directa o indirecta, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio de haber faltado ya a sus deberes. Para configurarse el delito, no es necesario acreditar que lo solicitado se haya realmente entregado. Si en un caso concreto se determina que efectivamente lo requerido lo recibió el agente, estaremos ante un delito agotado.

4.7. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de donativo o ventaja

El supuesto delictivo se consuma con el simple condicionamiento de su conducta funcional a la entrega de donativo o cualquier otro tipo de ventaja. «Condicionar» significa que el agente le afirma al tercero que, si le entrega un donativo, realizará el acto funcional en su beneficio; al contrario, si no le entrega el donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio. Basta con que se dé el condicionamiento para perfeccionarse el proceder ilícito del agente, independientemente que el tercero efectivice o haga caso a lo solicitado. Es también una conducta de mera actividad.

4.8. El agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la promesa de donativo o ventaja

Este supuesto delictivo se consuma o perfecciona en el mismo momento en que el agente condiciona su proceder en el desempeño de sus deberes funcionales. «Condicionar» significa que el agente le afirma al tercero que, si le hace la promesa de entregarle en el futuro inmediato un donativo, realizará el acto funcional en su beneficio;

al contrario, si no le hace la promesa de entregarle luego un donativo, realizará el acto funcional en su perjuicio. El delito se consuma independientemente de si el tercero hace o no la promesa que el corruptor le solicita. Se trata también de un comportamiento delictivo de simple actividad.

En suma, al ser todos los supuestos delictivos analizados de mera o simple actividad, es imposible que alguna conducta se quede en el grado de tentativa. No caben, por lo tanto, las formas imperfectas de ejecución. En caso de que el funcionario sea sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción del donativo o promesa; pero no cabe tentativa: o lo acepta y, entonces, el delito se consuma, o no. En ese caso, solo hay cohecho activo consumado, el del particular (Muñoz Conde, 2001, p. 960).

5. PENALIDAD

Si luego del debido proceso penal es encontrado responsable el agente al cual se le imputa alguno de los supuestos delictivos previstos en el artículo 393 CP, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con ciento ochenta o trescientos sesenta y cinco días-multa.

En tanto que, si al funcionario o servidor público le es imputado alguno de los supuestos previstos en el segundo párrafo del citado numeral, y luego del debido proceso penal es encontrado finalmente responsable, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Por su parte, si el funcionario o servidor público, al que se le atribuye el supuesto delictivo previsto en el último párrafo del artículo 393 CP es declarado judicialmente responsable, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

6. PRECEDENTE VINCULANTE

En camino a pretender que la justicia penal en nuestra patria sea predecible, el 30 de septiembre de 2005, los vocales supremos integrantes de las salas penales permanente y transitoria de la Corte Suprema de la República se reunieron en el primer Pleno Jurisdiccional y dictaron el Acuerdo Plenario N.° 1-2005/ESV-22 por el cual acordaron —por unanimidad— declarar precedente vinculante el fundamento cuarto de la ejecutoria suprema derivada del R. N. N.° 1091-2004-Lima. En esta ejecutoria se definen los alcances de los elementos del tipo objetivo —en concreto, de la acción típica de aceptar— del delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio—.

Con fines netamente pedagógicos, reproducimos en su integridad la citada ejecutoria suprema:

SALA PENAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

R. N. N.° 1091-2004-LIMA

Lima, 22 de marzo de 2005

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como vocal ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO, Primero:** Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setenta y siete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su coprocesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que este era su «contacto", lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona solo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado, en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F- cero, cero y uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elízabeth Ticona López por su precio

normal de veinticinco nuevos soles, y no que los «conseguía", pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el *panneaux* fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idóneo; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. **Segundo:** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochenta y tres afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su coprocesado Peña García, pero se dio la casualidad que este le entregó dicho formulario destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su coprocesado Castillo Aguilar. **Tercero:** Que, por su parte este último a fojas mil doscientos ochenta y seis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la presencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado, la sentencia solo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Katheryn Gómez Lau, sin embargo, no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su coencausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos. **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 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. **Quinto:** Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que

con fecha dieciocho de septiembre de dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional «Jorge Chávez» aceptó el requerimiento de su coprocesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su coencausado Castillo Aguilar, propietario de la agencia de viajes «Águila Taurs» para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubierto al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el *modus operandi* utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, cito en el pasaje Nacarino número ciento treinta y seis del distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. **Sexto:** Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setenta y uno mil seiscientos sesenta y cinco que corre a fojas ochenta y siete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo, ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborada con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesenta y ocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional «Jorge Chávez», quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de septiembre de dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de septiembre del citado año en el restaurant «El Mesón», por lo que se concluye

que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. **Séptimo:** Que, de otro lado, en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo parágrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N.° 126; por tales consideraciones: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesenta y nueve, su fecha nueve de octubre de dos mil tres, que condena a JULIO ALBERTO PEÑA GARCÍA, como autor del delito contra la administración pública —cohecho propio— en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; e INTEGRANDO la propia sentencia: FIJARON en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a PAUL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HÉCTOR VILLANUEVA GRANDA, como cómplices primarios del delito contra la administración pública —cohecho propio— en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años: fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN/VALDEZ ROCA/ PONCE MAIER/ QUINTANILLA QUISPE/ PRADO SALDARRIAGA.

Lima, 5 de septiembre de 2005.

VISTOS: Estando a la razón de Secretaría de esta Sala Suprema; y **CONSIDERANDO:** Que con fecha veintidós de marzo del dos mil cinco, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, expidió ejecutoria en el presente proceso, la misma que se encuentra debidamente motivada en su parte considerativa; que no obstante ello, en un extremo resolutivo se ha incurrido en error material, relativo al nombre de uno de los sentenciados, al consignarlo como «[...] Julio Alberto Peña García [...]» lo cual requiere ser subsanado; por lo tanto, estando a la facultad que tienen los magistrados de

completar e integrar las resoluciones judiciales, como lo dispone el artículo doscientos noventa y ocho —inciso tres— segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N.° 126: ACLARARON el extremo resolutivo de la ejecutoria suprema de fecha veintidós de marzo de dos mil cinco, para tenerse por nombres correctos del sentenciado como JULIO ALBERTO PEÑA GARCÍA; MANDARON que la presente resolución sea considerada como parte integrante de la ejecutoria suprema de fecha veintidós de marzo de dos mil cinco; y los devolvieron.

SS.
GONZALES CAMPOS/BALCAZAR ZALADA/BARRIENTOS PEÑA/VEGA VEGA/PRÍNCIPE TRUJILLO.

§ 21

SOBORNO INTERNACIONAL PASIVO

1. TIPO PENAL

La conducta delictiva denominada «soborno internacional pasivo» o «cohecho pasivo transnacional» no tiene antecedente en la legislación nacional. Este delito recientemente fue sancionado por la polémica y discutida Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011. El artículo 2 de la citada ley precisó: «incorpórese el artículo 393-A al Código Penal», el mismo que fue objeto de modificación por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013. Luego, nuevamente fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016. Finalmente, por la ley N.° 31501 del 29 de junio de 2022, el tipo penal fue modificado. De ese modo, la fórmula legislativa actual tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario o servidor público extranjero 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; 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.**

La iniciativa legislativa para tipificar el delito de soborno internacional pasivo fue formulada por el Poder Judicial mediante el Proyecto de Ley N.° 4187/2010, ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010. No obstante, la propuesta fue para incorporar al Código Penal el soborno internacional tanto activo como pasivo. Sin embargo, la modalidad activa no fue de recibo por la Comisión de Justicia del Congreso, toda vez que ya estaba tipificado tal conducta en el artículo 397-A CP y el proyecto respecto de su contenido, no proponía mayores y sustanciales cambios como para justificar su modificación.

En la exposición de motivos de la propuesta legislativa se argumentó con propiedad:

> Se propone la tipificación del soborno de funcionarios públicos internacionales o de organismos internacionales públicos, en consonancia con el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción. La incorporación planteada de nuevos tipos penales comprende tanto la modalidad activa como la pasiva, prevista en 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 425 CP. Se ha procurado mantener el contenido de la cláusula del Tratado, para adecuarnos a las exigencias típicas del instrumento internacional.

Por su parte, la Comisión de Justicia en su dictamen de fecha 13 de abril de 2011 argumentó que «esta incorporación permitirá otorgar una respuesta penal también a los comportamientos pasivos del funcionario internacional en la perspectiva de la lucha integral de la corrupción».

Y esto es como consecuencia de una tendencia internacional de considerar que estas conductas no pueden ser o seguir siendo toleradas, pues de ser así, se generaría todo un ambiente de corrupción estructural o, peor aún, de corrupción institucionalizada no solamente en el país huésped, sino también en el país de la empresa corruptora (Abanto Vásquez, 2014, p. 952).

Aquí cabe precisar que por la ley N.° 31501 del 29 de junio de 2022, el tipo penal fue modificado, pero solo para incluir en el tipo

penal el título del autor del delito. De ahí que ahora solo se refiere el tipo penal a «el funcionario o servidor público extranjero», dejando de lado aquello de «el funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público». Consideramos que con mejor técnica legislativa se hace referencia al sujeto público extranjero, para diferenciarlo del sujeto público nacional. Para efectos de saber quien es funcionario o servidor público extranjero en nuestro sistema jurídico penal no queda otra alternativa que recurrir al artículo 425-A CP, incorparado al Código Penal también por la ley N.° 31501, el mismo que tiene su fuente en 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 ya se establece que «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».

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de soborno internacional pasivo se entiende como la aceptación, recibimiento o solicitud efectuada por un funcionario o servidor público extranjero, para sí o un tercero, de una ventaja indebida con el objeto de realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales y en violación de sus obligaciones, o la aceptación de tales ventajas a consecuencia de haberlas faltado. Con ello, se concibe que debe existir una relación de finalidad entre la aceptación de la ventaja o beneficio y el acto que se espera ejecute u omita el sujeto activo internacional. Precisamente, una de las características de dicho tipo penal es solo el acuerdo de voluntades, por lo que no se exige el cumplimiento del pago, la promesa ni el acto indebido.

Expuesta así la forma como se presenta el tipo de cohecho pasivo transnacional, consideramos que era un imperativo su tipificación o criminalización en nuestro sistema jurídico, pues no es nada irreal que un particular peruano recurra al soborno para obtener una ventaja de parte de un sujeto que trabaje para una administración pública de

un Estado extranjero (embajada, consulado, agregaduría, etc.) o una organización internacional (ABANTO VÁSQUEZ, 2014, p. 952).

2.1. Comportamientos delictivos

El numeral 393-A CP 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 extranjero acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) se perfecciona cuando el agente internacional acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja a 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 extranjero. En los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia, no configuran soborno internacional. La mayoría de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo internacional puede 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 obtiene provecho del acto funcional o de servicio cometido u omitido por el funcionario o servidor extranjero. 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, por lo que no se exige la aceptación del otro, esto es, no es necesaria la existencia de pacto o concierto.

Pero veamos en qué consisten cada una de las conductas punibles puestas en evidencia.

2.1.1. El agente extranjero 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 comprensión 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 a sus deberes. Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto en transgresión de 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 el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a sus deberes. El delito se configura a pesar de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad o, pese a que el sujeto extranjero que recibió realmente lo prometido u ofrecido no realiza el acto violatorio de sus deberes al que se comprometió. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de 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 extranjero 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 a sus deberes. El delito se configura independientemente de si, por ejemplo, el funcionario o servidor extranjero, pese a haber recibido lo prometido u ofrecido, no realiza el acto que lesiona sus deberes. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para que se consuma el delito.

La *tercera modalidad* se configura cuando el agente extranjero solicita un donativo u otra ventaja para realizar un acto, en violación a sus deberes funcionales. **Solicitar** significa pedir, procurar, gestionar o requerir algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el agente 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 un acto, en violación a sus deberes. La conducta 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 a 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 extranjero reciba realmente lo solicitado o procurado y no realice el acto quebrantador de sus deberes prometido. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

2.1.2. El agente extranjero acepta, recibe o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Este supuesto delictivo, al igual que el anterior, también se materializa hasta por tres conductas o modalidades. Siempre se materializan 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 el 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.

2.1.3. El agente extranjero acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus obligaciones normales

El supuesto delictivo se materializa cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a 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 se 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 antes 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 que transgrede 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.

2.2. 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:

> 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 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.

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 (Abanto Vásquez, 2014, p. 955):

> 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.

2.3. 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, es decir, que no es 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, y utilizar 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.

2.4. Finalidad del soborno: obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida

Todas las modalidades delictivas que desarrolla el agente extranjero 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. Las modalidades de soborno internacional también tienen por finalidad mantener 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. En el peor de los casos, tienen por finalidad obtener o retener otra ventaja indebida, como puede ser una colocación laboral, un nuevo contrato internacional, etc. Todo ello, claro está, en el contexto de la realización de actividades económicas internacionales.

2.5. Bien jurídico protegido

El *bien jurídico genérico* es el correcto y normal funcionamiento o desenvolvimiento de la administración pública. En cambio, el *bien jurídico específico* viene a ser los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones públicas con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública, en el desempeño de las funciones y servicios. Asimismo, se pretende cautelar el principio de imparcialidad que guía la actuación de los agentes públicos en el desempeño de sus funciones. Además, otro interés preponderante a cautelar es el principio de la gratuidad del acto público internacional, salvo que una ley precise lo contrario.

2.6. Sujeto activo

El delito de cohecho pasivo internacional es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público de un Estado extranjero o que 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, pero, claro, pueden fácilmente ser cómplices del indicado delito si se advierte que han colaborado o apoyado en la comisión del delito realizado por el sujeto obligado.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público internacional debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete.

Para efectos del delito en hermenéutica jurídica, sirve la definición amplia de «funcionario» adoptada 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 otra persona definida como «funcionario público» en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, para 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 para actuar en su nombre.

También ya se ha expresado que la definición amplia de funcionario o servidor público para efectos penales ha sido recogida en nuestro sistema jurídico por la Ley N.° 30124.

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de soborno internacional es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

3. 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 CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia.

El dolo supone que el funcionario o servidor público extranjero interviene conociendo perfectamente que actúa, hace, omite o prescinde de un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales al que está obligado, en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido; sin embargo, voluntariamente procede.

Solo es posible el dolo directo; no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo propio se materialice por medio de dolo eventual.

4. PENALIDAD

Si luego del debido proceso penal es encontrado responsable el agente al cual se le imputa alguno de los supuestos delictivos previstos en el artículo 393-A CP, 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.

§ 22

COHECHO PASIVO IMPROPIO

1. TIPO PENAL

El antecedente directo del artículo 394 lo constituye el artículo 350 CP, derogado de 1924. No obstante, la fórmula actual de cohecho pasivo impropio hace uso de tres comportamientos imputables al funcionario o servidor público: aceptar, recibir y solicitar. En cambio, el Código de 1924 solo aludía al verbo aceptar. Igualmente, y a diferencia del Código Penal anterior, solo se ha incorporado al tipo penal la modalidad activa, racionalizándose de este modo la complejidad de la figura penal.

El esquema nacional es distinto al español y al argentino, por lo que, para hacer hermenéutica jurídica de los supuestos delictivos (que en conjunto etiquetamos como «cohecho pasivo impropio»), la literatura española y argentina solo sirven de eventual referencia.

El contenido actual de la formula legislativa prevista en el artículo 394 CP, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, es como sigue:

> **El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.**

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El hecho punible denominado «cohecho pasivo impropio» se configura o perfecciona cuando el sujeto activo siempre funcionario o servidor público con conocimiento y voluntad acepta, recibe o solicita en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional, o como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal.

No se exige que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función que al tercero corruptor le interesa, pero sí es necesario que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el objeto corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas o por realizar por parte del funcionario o servidor público (ROJAS VARGAS, 2002, p. 487; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 461).

2.1. Conductas punibles

El artículo 394 CP recoge diversas conductas o comportamientos delictivos, que, con fines pedagógicos, explicaremos por separado.

2.1.1. Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional

En este supuesto el verbo rector es **aceptar**, el que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. En tal sentido,

el delito se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a sus obligaciones o deberes funcionales. El sujeto activo realiza un acto sin transgredir 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 funcionario o servidor público.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto funcional sin lesionar sus deberes normalmente establecidos. El delito se configura aun cuando lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir sus obligaciones funcionales normales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

El hecho de que, por ejemplo, un congresista de la República acepta una ventaja (pago a periodistas para mejorar la imagen del congresista en la Región Cusco) de parte de su o sus trabajadores con la aparente finalidad de que les renueve la confianza y de esa forma sigan laborando dentro del Congreso[14] es un típico caso de cohecho pasivo impropio. Aquí no es necesario demostrar algún abuso de poder.

2.1.2. Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional

Se trata de un supuesto que en doctrina se le conoce como «cohecho pasivo propio subsiguiente». Aquí el verbo rector también es **aceptar**, que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario

(14) Hechos denunciados en la edición impresa del diario *La República*, con el título de «Fiscalía abre investigación a congresista ... por presunto recorte de sueldo de trabajadores para mejorar su imagen» (Lima, 11 de abril de 2023).

o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber realizado ya su obligación funcional normal. El sujeto activo acepta la ventaja o beneficio luego de que ha realizado ya su obligación normal prevista 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 funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber realizado ya su obligación funcional normal en beneficio del particular que ofrece el donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja como consecuencia de haber realizado un acto funcional normal de su cargo o empleo para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.3. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional

Este supuesto se configura cuando el sujeto activo recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a la obligación funcional que desarrolla al interior de la administración pública. 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, siempre funcionario o servidor público, con la finalidad específica de realizar un acto sin quebrantar sus deberes al interior de la administración pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (otro funcionario o un particular) 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 funcional sin violentar los deberes

que le impone el cargo o empleo que desempeña en la administración pública. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir o lesionar sus deberes funcionales para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.4. Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional

Este supuesto de cohecho pasivo impropio subsiguiente se configura cuando el sujeto activo recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber realizado su obligación funcional normal. Aquí el verbo rector es **recibir**. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre funcionario o servidor público como consecuencia de haber obrado cumpliendo su deber funcional establecido percibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (otro funcionario o un particular) 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 a consecuencia de haber cumplido el deber normal que desarrolla al interior de la administración pública. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja luego de haber cumplido su deber funcional para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.5. Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente en forma directa o indirecta solicita a otra persona le dé donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin violentar o transgredir las obligaciones funcionales que desarrolla al interior de la administración pública.

En este supuesto, el verbo rector es **solicitar**, que se entiende como pedir, procurar, gestionar o requerir algo. En tal sentido, el delito se configura cuando el funcionario o servidor público 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 un acto sin transgredir los deberes propios de su cargo o empleo. Esta última parte se materializa cuando el agente realiza un acto sin transgredir 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 funcionario o servidor público.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto propio del cargo sin violentar sus deberes. El delito se configura independientemente de que después lo solicitado o requerido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir sus deberes funcionales para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

La ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2000 se pronunció respecto a un caso de corrupción típico en el cual un funcionario municipal solicitó dinero en dólares a cambio de modificar el plan de ruta de transportes en beneficio de terceros:

> de las declaraciones y en las sesiones del acto oral se ha llegado a determinar que las procesadas en su calidad de representantes legales de la empresa de transportes, en su afán de tratar la modificación de ruta, al no ser rentable la misma para los socios debido a la extrema competencia y ante el anuncio de la elaboración de un nuevo plan regulador a cargo del Director de Circulación Vial, buscaron la manera de conversar con él para que les favoreciera en su pedido, comprometiéndose este en aprobar los cambios solicitados a condición que le abonen 50 dólares americanos por cada unidad, lo que hacía un total de 2,400 dólares americanos,

> señalando que ese dinero era para el regidor, Presidente de la Comisión de Transportes; las procesadas pusieron en conocimiento de esta propuesta a los socios de la empresa en asamblea, aceptando efectuar el pago, llegando a entregar el dinero, sin embargo, la empresa de transportes aludida no resultó beneficiada con la modificación de la ruta, por lo que denunciaron estos hechos ante la opinión pública; por otro lado, si bien es cierto se abrió instrucción al indicado regidor, por el delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, se ha llegado a precisar en la etapa del juzgamiento que la verdadera conducta delictuosa desplegada por el procesado aludido configura el delito de cohecho pasivo impropio, regulado en el artículo 394 del Código Penal. (R. N. N.° 777-2000-Arequipa, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 696)

Otro ejemplo: un congresista de la República que solicita una ventaja a su o sus asesores de confianza (parte de su remuneración mensual) con la aparente finalidad de que les renueve la confianza y de esa forma aquellos sigan laborando dentro del Congreso[15] es un típico caso de cohecho pasivo impropio en la modalidad de solicitar una ventaja indebida. Aquí no es necesario demostrar algún abuso de poder. En estos casos, el funcionario público corrupto al renovar la confianza a cambio de la dádiva solicitada no está violentando sus obligaciones funcionales, pues, al final de cuentas, de él depende si renueva o no la confianza de los trabajadores, que, dicho sea de paso, el mismo propuso su contratación.

2.1.6. Solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal

Se configura cuando el agente, en forma directa o indirecta, solicita a otra persona le dé donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber ya realizado las obligaciones funcionales que desarrolla al interior de la administración pública.

(15) Hechos denunciados en la edición digital e impresa del diario *El comercio*, con el título de «Denuncian a la congresita Rosío Torres de recortar sueldo de sus trabajadores» (Lima, 02 de abril de 2023).

El delito se perfecciona cuando el funcionario o servidor público 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 como consecuencia de haber realizado los deberes propios de su cargo o empleo. Es un típico caso de cohecho pasivo impropio subsiguiente.

El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja a consecuencia de haber realizado o cumplido sus obligaciones normales para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Resulta importante apuntar que todos los supuestos son actos comisivos o de acción, pero el artículo 394 no contempla la modalidad omisiva. Este tipo de comportamientos se subsumen en la tipicidad del cohecho pasivo propio por omisión previsto y sancionado en el numeral 393 CP. Ello es así debido a que necesariamente es un comportamiento que importa violación de obligaciones funcionales normales (Rojas Vargas, 2002, p. 486). En cambio, Abanto Vásquez (2003) pareciera aceptar la modalidad omisiva poniendo como ejemplos los casos en que «el funcionario recibe una "dádiva" para dejar sin multa a aquel que tampoco había cometido infracción; o para no prorrogar un embargo que tenía que ser levantado» (p. 461). Simplemente ambos casos no configuran cohecho pasivo impropio, pues más bien tipifican como cohecho pasivo propio.

No es de recibo lo que pretende enseñar Abanto Vásquez (2003, p. 462) respecto a los supuestos de cohecho pasivo impropio subsiguiente. Sostiene este autor que estos supuestos no tienen ninguna justificación en el derecho penal, ni existe un bien jurídico tutelable, ni tampoco existirían vacíos cuando el funcionario, luego de cumplir legalmente sus actos funcionales, solicita abusivamente o mediante engaño una retribución (aquí habría concusión).

Por supuesto que los casos que pone como ejemplo Abanto Vásquez configuran concusión desde el momento en que el agente, luego de haber efectuado su función normal abusivamente o mediante engaño, solicita una dádiva al tercero beneficiado con el acto funcional. Sin embargo, si el agente luego de haber realizado su acto funcional acepta o recibe o, peor aún, directa o indirectamente solicita de buena manera una dádiva al tercero beneficiado con el acto funcional efectuado, comete cohecho pasivo impropio subsiguiente. Con estos actos corruptos, sin duda, la imagen de la recta y normal administración pública se desprestigia.

Las posiciones dogmáticas que se ha puesto en evidencia solo sirven para dos cosas: primero, motivar lamentablemente actos de corrupción; y, segundo, dar cabida a que los corruptos pretendan sorprender al fiscal o juez cuando eventualmente caen en las redes de la administración de justicia

2.2. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente, siempre funcionario o servidor público, 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 de cohecho pasivo impropio no aparece.

El **donativo** es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, además de que expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para quien 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,** en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente 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.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, entrega de utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, encuentros sexuales, etc. La modalidad de la promesa puede ser directa, explícita o indirecta, y utilizar familiares o allegados del sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el agente la calidad de funcionario o servidor público, siempre, claro está, que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario con la promesa efectuada.

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 por realizar un acto propio de su cargo sin quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

Las coimas son los donativos nimios, o en pequeña cantidad o valor, dados al funcionario o servidor público para acelerar trámites, procesos, obviar entrampamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del agente. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos.

El uso del término «indebido» en el artículo 294 es irrelevante, puesto que no tiene trascendencia para efectuar hermenéutica jurídica del cohecho pasivo impropio. Su existencia solo se explica en la copia

efectuada por el legislador nacional del modelo italiano (ROJAS VARGAS, 2002, p. 486). Asimismo, Abanto Vásquez (2003, p. 458) precisa que el término «indebido» es innecesario, pues los beneficios otorgados al funcionario nunca pueden ser legítimos.

Un buen juez no puede sentenciar a un juez de paz no letrado por cobrar mínimos honorarios a los justiciables por la labor que realiza, pues ello está permitido y, por lo tanto, no es indebido. Sin embargo, en la práctica judicial ha ocurrido y ha tenido que ser la Corte Suprema la que enderece el entuerto. En tal sentido, la ejecutoria suprema del 11 de marzo de 2003 argumentó:

> La justicia es gratuita a tenor de lo previsto en el inciso 16 del artículo 139 del Código Penal, empero existen actividades de la justicia de paz no letrada que al no ser remunerada con fondos del Estado, están facultados para percibir compensaciones económicas con la escala de derechos que se consignan en la Ley Orgánica del Poder Judicial; que, el encausado, si bien está acreditado cobró cuando ejercía el cargo de Juez de Paz no Letrado, también lo es que como funcionario no remunerado por el Estado por el cargo que ejercía está justificado, máxime si el monto cobrado parece razonable y proporcional al servicio prestado, por lo que no se dan los presupuestos del delito de cohecho impropio. (R. N. N.° 308-2002-Cañete, *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, n.° 64, 2004, p. 150)

2.3. Bien jurídico protegido

Como en la mayoría de los delitos que en este libro interpretamos, el bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, respecto del bien jurídico específico, al igual que en el cohecho pasivo propio en la doctrina se han ensayado hasta tres posiciones:

1. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.

2. Cautelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias.
3. Defender los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

Consideramos que las tres posiciones resumen desde visiones distintas el bien jurídico específico que se pretende tutelar con el tipo 394 CP. En suma, se pretende cautelar, tan igual como el bien jurídico específico en el delito de cohecho pasivo propio, los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los trabajadores del Estado.

2.4. Sujeto activo

El delito de cohecho pasivo impropio es un delito especial. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. Los particulares están excluidos de ser autores de este delito. Solo pueden ser cómplices si se advierte que han colaborado o ayudado al sujeto público obligado a cometer el delito.

La exigencia es que aquel funcionario o servidor público debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete. Si no tiene competencia y solo interviene para hacer que otro funcionario o servidor público lo realice, aquel no será imputado del delito de cohecho pasivo, propio sino del delito de tráfico de influencias.

Para efectos del delito, en hermenéutica jurídica, sirve la definición amplia de «funcionario público» adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción[16]. Allí se dispone

(16) El 29 de marzo de 1995 el Perú suscribió la Convención, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55 de la Constitución Política vigente.

que para efectos de la Convención se entiende «por funcionario o servidor público a todo 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». Una definición parecida aplicable y más amplia la recoge el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005:

> 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 y 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.

Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un

cargo público así no hayan juramentado o asumido realmente funciones. Concepto recogido por la Ley N.° 30124.

2.5. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo impropio es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo, por lo que se excluye al Estado, como así lo especifica la ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998:

> Conforme a lo establecido por esta suprema sala en numerosas ejecutorias, tratándose de delitos contra la administración pública en perjuicio de los gobiernos locales o regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, toda vez que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación. (Exp. N.° 5431-97-Arequipa, ROJAS VARGAS, 2005, p. 593)

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 394 CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el funcionario o servidor público interviene conociendo perfectamente que actúa, hace u omite o prescinde un acto oficial al que está obligado bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido; sin embargo, voluntariamente procede.

Consideramos que solo es posible el dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo impropio se materialice por medio de dolo eventual. El agente desde el primer momento sabe y conoce que acepta, recibe o solicita la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto al que está

obligado a efectuar de acuerdo con sus funciones y atribuciones del cargo o empleo que desempeña al interior de la administración pública (ROJAS VARGAS, 2002, p. 487; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 463).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En el supuesto de aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de materializarse en la realidad el verbo rector **aceptar** o **admitir**. El delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir sus obligaciones funcionales normales para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Por su parte, en el supuesto de aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de hacerse realidad el verbo aceptar. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja como consecuencia de haber realizado un acto funcional normal de su cargo o empleo para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

En cambio, en el supuesto de recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente siempre funcionario o servidor público, con la finalidad específica de realizar un acto sin quebrantar sus deberes al interior de la administración pública, percibe, toma, acoge, embolsa o recibe de un tercero (otro funcionario o un particular) un donativo o cualquier otra ventaja indebida.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el dona-

tivo, promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de efectuar un acto sin transgredir o lesionar sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

En el supuesto de recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja luego de haber cumplido su deber funcional para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Por otro lado, en el supuesto de solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional, la conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto propio del cargo o empleo sin violentar sus deberes. El delito se configura independientemente de que lo solicitado o requerido se haga realidad o no. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de efectuar un acto sin transgredir sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

En el supuesto de solicitar en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal, la conducta se perfecciona cuando el funcionario o servidor público 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 como consecuencia de haber realizado los deberes propios de su cargo o empleo. Basta acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero algún elemento corruptor, consecuencia de haber realizado o cumplido con sus obligaciones normales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Al ser todos los supuestos etiquetados con el *nomen iuris* de cohecho pasivo impropio (antecedente y subsiguiente), comportamientos o conductas de mera actividad, no es posible la tentativa. En el mismo sentido, Abanto Vásquez (2003, p. 463) afirma que en ningún supuesto es posible la tentativa. Por su parte, sin mayor fundamento, Rojas Vargas (2002, p. 487) sostiene que la «tentativa es admisible, según los actos del sujeto activo sean fragmentables en las modalidades comisivas, siendo más viable en las hipótesis de resultado».

5. PENALIDAD

Luego del debido proceso, el autor 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 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En tanto que el autor, si es responsable de alguno de los supuestos delictivos previstos en el segundo párrafo del artículo 394 CP, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

§ 23

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

1. TIPO PENAL

El artículo 395 CP que regula las conductas que reciben en conjunto el *nomen iuris* de «cohecho pasivo específico» tiene su antecedente más directo e inmediato en el artículo 351 del Código derogado de 1924.

El hecho de que cause tanta repulsión en la opinión pública la conducta de cohecho cometida por un juez, un fiscal o un miembro de un Tribunal Administrativo, así como la irreflexiva creencia del legislador peruano, en el sentido de que el derecho penal resuelve algún problema de la realidad social, ha ocasionado que el texto original del artículo 395 CP de 1991 haya sufrido sucesivas modificaciones legislativas. En efecto, la primera modificación se efectuó el 10 de mayo de 1992 con el Decreto Legislativo N.° 25489; luego, el 5 de enero de 1996 se produjo una segunda modificación con la Ley N.° 26572; de forma inmediata, es decir, después de solo cinco meses, el 26 de junio de 1996, el peculiar legislador nacional volvió a modificar el texto del artículo 395 con la Ley N.° 26643, finalmente, el 6 de octubre de 2004, por el artículo 1 de la Ley N.° 28355, se modificó por última vez el artículo 395, y quedó con el contenido siguiente:

> **El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince 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.

El magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El cohecho pasivo específico por la calidad del agente se configura cuando este, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

De igual forma, se perfecciona el citado ilícito penal cuando el agente, ya sea en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo bajo cualquier modalidad, solicita a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento.

Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del sujeto activo. Los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su

competencia no configuran el cohecho pasivo que analizamos. Sin duda, alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo específico por la calidad del agente puede implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento 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), mientras que este último obtiene provecho al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos, como ocurre en la modalidad típica de solicitar, pues aquí, con el simple hecho de solicitar se consuma o perfecciona el delito no exigiéndose la aceptación del tercero. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito.

Entonces, debe precisarse que el agente público solicita una dádiva de cualquier naturaleza o donativa para influir en su decisión competencial. Así lo tiene precisado la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la sentencia del 06 de agosto de 2019 (Sentencia N.° 10-2017-Puno), donde confirmó la condena a un exfiscal, que ejerciendo la función fiscal solicitó dinero para supuestamente dar libertad a una investigada con prisión preventiva:

> El fiscal tiene asuntos o actos procesados sometidos a su conocimiento en la investigación fiscal o en el proceso judicial; y es competente legal y constitucionalmente en el ámbito temporal (vínculo o rol funcional) para emitir disposiciones de archivo, requerimientos, entre otros, lo que determina que el influjo solo puede darse antes de que el funcionario público decida u omita el asunto sometido a su conocimiento.

En parecido sentido, tenemos la sentencia suprema del 09 de mayo de 2019 (Sentencia N.° 5-2017-Huánuco), por la cual la Sala penal transitoria de la Corte Suprema confirmó la condena a un exfiscal que solicitó dinero a la cónyuge de un detenido a cambio de que se obtenga su libertad mientras ejercía la función fiscal.

También tenemos la sentencia suprema del 28 de junio de 2021 (Apelación N.° 39-2021-Ayacucho), en la cual la Sala penal permanente de la Corte Suprema con toda propiedad argumentó:

> Debe precisarse que efectivamente el asunto debe ser de conocimiento o competencia del funcionario público, es decir, que este tenga atribuciones suficientes para emitir decisiones dentro de tal proceso. Asimismo, debe entenderse por asunto, en su forma genérica, al conjunto de actos que conforman el procedimiento, que pueden incluir decisiones menores; y en su forma específica, a decisiones sustantivas como medidas reales y personales, apelaciones, dictámenes periciales, decisiones del Tribunal Constitucional, entre otros. Téngase claro que estas formas no son excluyentes y serán identificadas e interpretadas de acuerdo a las propias características de cada caso, tomando en cuenta el tipo de cargo que ostenta el funcionario público y el ámbito de sus atribuciones.
>
> Ahora bien, en el presente caso, se cuestiona que la promesa de declarar fundada una futura solicitud de medida cautelar no puede ser un elemento relevante para la subsunción del hecho en el tipo penal de cohecho pasivo especifico, señala el recurrente que en tanto aún no se había iniciado el trámite de la medida cautelar, no existía tal asunto a conocimiento del juez imputado. No obstante, al respecto debe tenerse en cuenta que si bien es cierto la solicitud de medida cautelar —entregar al menor en custodia de la madre demandada— aún no había sido presentada, por tanto, el Juez imputado aún no podía emitir decisión alguna, también es cierto que en este caso, el Juez ya venía conociendo el proceso civil desde el inicio, es decir, este es el Juez abocado al conocimiento del caso, y por tanto, el único con atribuciones para conocer todas las solicitudes que se fueran a presentar en este, y tomar las decisiones correspondientes. Por lo demás era inminente, porque no había disposición o acontecimiento en contrario, que dicho pedido fue sugerido por él, conforme relata el fiscal, por tanto, la decisión tenia que ser adoptada por el, supuesto factico que esta en la misma línea de comportamiento del conocimiento del caso en su conjunto como asunto, materia de elemento constitutivo del delito, si posteriormente se produjo o no resulta irrelevante.

De esa forma, la Sala Penal Permanente declaró infundada la apelación contra una resolución superior que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que promovió el ex juez procesado, alegando que todavía no se había iniciado el trámite de la medida cautelar por él sugerido y, por tanto, no existía tal asunto a conocimiento del juez imputado. La respuesta del supremo tribunal fue categórica.

2.1. Comportamientos delictivos

Del concepto ensayado, advertimos que el hecho punible de cohecho pasivo específico, regulado en el artículo 395 CP, es pasible de realizarse hasta por tres conductas o comportamientos que analizaremos por separado.

2.1.1. Cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

En este supuesto, el verbo rector es **aceptar**, que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo. El delito se configura cuando el agente en su calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado para influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Esta última parte se materializa cuando el agente se deja influenciar por la dádiva que acepta y resuelve un asunto judicial o administrativo a favor de los intereses del que entrega el donativo, ventaja o beneficio, o en su caso, a favor del que promete aquella entrega, con lo que transgrede de esa forma sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen el comportamiento de las personas con cargos públicos señalados en el tipo penal. El agente pierde o quebranta el principio de imparcialidad que le guía para resolver o decidir un asunto judicial o administrativo.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir por parte del agente especial el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la conocida y sabida finalidad de

influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia.

Por otro lado, el delito se configura independientemente de que luego, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad o pese a que el juez o fiscal, que recibió realmente lo prometido u ofrecido, no decida el asunto a favor del tercero que entregó la dádiva o coima. Basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja, con el fin de influir en la decisión de un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento y competencia, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.2. Cuando el agente recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

La segunda modalidad se configura cuando el sujeto activo que tiene la calidad de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo recibe donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, con la seria finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia. Aquí el verbo rector es **recibir**, que se entiende como percibir, embolsar, tomar o acoger algo. En tal sentido, el hecho punible se configura o perfecciona cuando el agente, siempre que tenga las calidades funcionales especificadas en el artículo 395 CP, con la finalidad específica de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento, 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. El delito se configura, aunque el funcionario o servidor público, que recibió lo prometido u ofrecido, no decide el asunto judicial o administrativo sometido a su competencia de acuerdo con las pretensiones del tercero que entregó la dádiva. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin conocido y sabido de influir en la resolución del asunto judicial o administrativo que conoce. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.3. Cuando el agente solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio

Esta hipótesis delictiva se configura cuando el agente que se desempeña como magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo, en forma directa o indirecta, solicita a otra persona le entregue donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia.

En este supuesto, el verbo rector es **solicitar**, el que se entiende como pedir, procurar, gestionar o requerir algo. El delito se configura cuando el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo 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 a sabiendas de que es efectuado con el fin de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Esta última parte se materializa cuando el agente se deja influenciar por la dádiva que solicita y resuelve un asunto judicial o administrativo a favor de los intereses del que recibió la solicitud de entrega del donativo, ventaja o beneficio, transgrediendo de esa forma los deberes u obligaciones normales previstos en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen el comportamiento de las personas que tienen los cargos de públicos señalados en el tipo penal. El agente pierde o quebranta el principio de imparcialidad que le guía para resolver o decidir un asunto judicial o administrativo.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de solicitar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Asimimismo, el delito se configura independientemente de que lo solicitado o requerido no se haga realidad, o pese a que el funcionario o servidor público que recibió realmente lo solicitado o procurado no resuelve el asunto de acuerdo con lo que se comprometió al solicitar la dádiva o coima. El agente en absoluto puede alegar un resultado positivo que pese a

haber solicitado la dádiva, resolvió el asunto judicial o administrativo con arreglo a ley, y prueba de ello dio la razón al adversario procesal del que entregó la coima. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con la conocida y consciente finalidad de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Por ejemplo, la ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 1997 se pronunció en un caso real en el cual un juez fue sujeto activo del delito de cohecho pasivo específico en la modalidad de solicitar. En efecto, allí se argumenta que «al haberse acreditado que la procesada le solicitó y obtuvo de la justiciable dinero y especies a cambio de la promesa de favorecerle en la sentencia, se encuentran probados el delito y la responsabilidad penal» (Exp. N.° 2238-96-Lambayeque, ROJAS VARGAS, 2005, p. 470).

En cambio, la ejecutoria suprema del 21 de noviembre de 2002 presenta el caso en el que un representante del Ministerio Público cometió el delito de cohecho pasivo específico en la modalidad de solicitar donativo. Allí se argumenta:

> Las pruebas actuadas durante el proceso conducen a la convicción de la responsabilidad penal del acusado, quien en su condición de fiscal provincial provisional solicitó a los denunciantes una determinada suma de dinero para que formule acusación, evento delictivo que fue puesto en conocimiento de la Oficina Descentralizada de Control Interno, preparándose el operativo, para lo cual se fotocopiaron los billetes por la suma de S/. 500 nuevos soles, los que posteriormente fueron entregados al procesado, encontrándose en su poder por el personal de Control Interno, lo que se corrobora con el acta de intervención fiscal, *paneaux* fotográfico y testimoniales. (R. N. N.° 2910-2002-Junín, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 505)

De un caso más reciente de cohecho pasivo específico da cuenta la sentencia de apelación (N.° 18-2018-San Martín), del 10 de octubre de 2019. Allí la Sala Penal Permanente confirmó la sentencia condenatoria a dos fiscales:

[Q]uienes para favorecer a la ciudadana Isabel Ruiz..., interesada en la investigación fiscal que se venía realizando a raíz del homicidio de su hermano Jorge Ruiz ..., le solicitaron diversas sumas de dinero, así como uno de ellos favores sexuales con la finalidad de beneficiarlos en la investigación. En la sentencia de apelación se dan por probados los siguientes hechos: El 14 de junio de 2011, a las ocho horas aproximadamente, el acusado Normando ..., en su calidad de Fiscal Provincial ... solicitó a la señora Isabel Ruiz ... la suma de mil soles para el Fiscal Adjunto Provincial de su despacho, encausado Víctor Llanos ..., encargado de la investigación a raíz de la muerte de Jorge Ruiz ... Ese mismo, día, a las trece horas aproximadamente, le entregaran a Llanos ... la suma de mil soles, repartidos en dos sobre que contenían la suma de quinientos soles cada uno. Dicha entrega se realizó en los servicios higiénicos de la cebichería «Las Dos Jarras», distrito de Nueva Cajamarca, provincia de Rioja, departamento de San Martín ... El diecisiete de julio de dos mil once Isabel Ruiz ... y su hermano Alberto Ruiz ..., en horas de la mañana, entregaron al acusado Normando...la suma de mil soles dentro de un periódico, en las inmediaciones de las oficinas del Ministerio Público ... Dichas entregas de mil soles cada una, fue para que —según ellos— se haga justicia con motivo de la muerte de su hermano Jorge Ruiz ... El encausado Normando ... solicitó a la testigo Isabel Ruiz ... los servicios sexuales de una mujer porque estaba solo. Olga ... aceptó haber tenido dos encuentros sexuales con el acusado Normando ..., con la finalidad de favorecer a la señora Isabel Ruiz en el juicio de su hermano.

También la sentencia suprema del 09 de mayo de 2019 (Sentencia N.° 5-2017- Huánuco), da cuenta de un caso real en el cual un exfiscal fue procesado y condenado por el delito en hermenéutica jurídica. En efecto, según la ejecutoria suprema, la Sala penal transitoria de la Corte Suprema confirmó la condena al exfiscal que ejerciendo la función fiscal había solicitado dinero a la cónyuge de un detenido a cambio de que este obtenga su libertad.

De otro caso en el cual un fiscal se vio involucrado y condenado por el delito de cohecho pasivo específico, da cuenta la sentencia suprema de apelación de sentencia (N.° 10-2017-Puno), de fecha

06 de agosto de 2019. En efecto allí se da por probado que «el imputado David Richarth ..., solicito donativo, consistente en dinero, con el fin de influir en la excarcelación de Celestina ..., quien se encontraba con mandato de prisión preventiva. Tal es así, que se encontraban próximos a resolverse el pedido de cesación de prisión preventiva».

2.2. Concurso real con otras figuras de cohecho

El delito de cohecho pasivo específico muy bien puede concurrir en concurso real con el delito de cohecho pasivo propio. El precedente jurisprudencial de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 3 de noviembre de 2022 (Apelación N.° 6-2021-Lima Sur) da cuenta de un caso real de concurso real entre los indicados delitos. En efecto, en el citado precedente jurisprudencial se declaró infundado el recurso de apelación de sentencia condenatoria y, en consecuencia, confirmaron en todos sus extremos la sentencia que condenó como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de cohecho pasivo específico tipificado en el primer párrafo del artículo 395 CP y en la modalidad de cohecho pasivo propio tipificado en el primer párrafo del artículo 393 CP, en perjuicio de Estado y le impuso al acusado once años de pena privativa de libertad. La sentencia condenatoria se sustenta en los siguientes hechos:

1. El Ministerio Público sostiene que, cuando Willington Robespierre ... asumió el cargo de alcalde de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra en el periodo de dos mil quince a dos mil dieciocho, el acusado Rubén ... —entonces fiscal provincial provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Transitoria de Lurín— se presentó ante él y se puso a su disposición y a la de toda su gestión respecto a los casos que como fiscal tenía a su cargo y de todo lo que concernía a procesos e investigaciones que se tramitasen en las Fiscalías y los Juzgados de Lurín, porque —señaló— tenía conocidos y amigos. En tal sentido, el acusado habría recibido de Willington ... la suma total de S/ 21,000.00 (veintiún mil soles) por archivar en el periodo de dos mil dieciséis a dos mil dieciocho tres investigaciones preliminares —S/ 7,000.00 (siete mil soles)

por cada una de ellas— seguidas en contra de aquel o de otros miembros de la presunta organización criminal Los Charlys del Sur, las cuales son las siguientes:

i. El Caso Fiscal N.° 605-2016, sobre el delito de violencia contra la autoridad, en agravio de Ronzo ..., en el cual el acusado emitió la disposición de archivo s/n el veinticuatro de agosto de dos mil dieciséis.
ii. El Caso Fiscal N.° 918-2015, por el delito de lesiones graves, en perjuicio de Amparo ... en el cual emitió las resoluciones de archivo s/n el nueve de enero de dos mil diecisiete y el veintisiete de agosto de dos mil dieciocho.
iii. El Caso Fiscal N.° 275-2017, sobre el delito de lesiones graves, en agravio de Cecilia ..., en el cual emitió la disposición de archivo s/n el diecisiete de abril de dos mil diecisiete.

Los hechos fueron tipificados como delito de cohecho pasivo específico, previsto en el primer párrafo del artículo 395 CP.

2. Asimismo, sostiene el Ministerio Público que el acusado Rubén..., en su condición de fiscal provincial de la Segunda fiscalía provincial Penal de Lurín, fue designado mediante la Resolución Administrativa de la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Lima Sur N.° 31-2014-MP-FN-PJFS-DFLS ... como representante del Ministerio Público ante los Comités Distritales de Seguridad Ciudadana (CODISEC) de Punta Negra y San Bartolo y de Punta Hermosa y Punta Negra, respectivamente, por lo que participó en las sesiones ordinarias programadas y/o agendadas desde el año dos mil catorce, y se levantó el acta de asistencia de los miembros de dicho comité.

En tal condición, Ruben ... habría recibido en diversas oportunidades S/ 500.00 (quinientos soles) entre otros beneficios económicos (para pasajes y movilidad, entre otros) de parte de Willington ... (durante su gestión como alcalde de la Municipalidad Distrital de Punta Negra, en el periodo de dos mil quince a dos mil dieciocho) con el objeto de que no se consignara en las actas de sesiones mensuales del CODISEC de Punta Negra la inasistencia de Willington ..., pese a que, conforme a la Ley N.° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, del once de febrero de dos mil tres, ... las sesiones debían ser

convocadas e instaladas por el referido alcalde, quien de manera obligatoria debía asistir personalmente a cada una de ellas, así como los demás miembros titulares, con lo que habría incumplido la Ley N.° 27815, Ley de Código de Ética de la Función Pública, del trece de agosto de dos mil dos, por la cual se prohíbe obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia.

Estos hechos fueron tipificados en el delito de cohecho pasivo propio, previsto en el primer párrafo del artículo 393 CP.

2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta repulsiva del agente debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de cohecho no aparece.

El **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. (Rojas Vargas, 2002, p. 450).

La **promesa**, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente 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 o incumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas

(utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). Por otro lado, la modalidad de la promesa puede ser directa, explícita o indirecta, y utilizar familiares o allegados del sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el agente la calidad de funcionario o servidor público, siempre, claro está, que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario con la promesa efectuada.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

La ejecutoria suprema del 28 de junio de 2021 da cuenta de un caso real, en el cual lo solicitado por el agente se trata de favores sexuales:

> Específicamente, se describe en los hechos imputados por el fiscal que, luego de que se emitiera una resolución que ordenaba la entrega del menor a la madre demandada Navarro Huaylla, el padre demandante interpuso recurso de apelación contra esta resolución; entonces, el doce de marzo de dos mil dieciocho el imputado el Juez Quispe Ramos se comunicó con la demandada Navarro Huaylla, vía mensajes de texto, en los que le preguntaba por su paradero y a qué hora se encontrarían; asimismo, le dio indicaciones de qué escritos debía presentar; al día siguiente, aquel volvió a escribirle por el mismo medio ofreciéndole declarar improcedente el recurso de apelación presentado por el padre demandante y esta vez se reunieron en el cuarto donde vivía el Juez imputado, *en dicho lugar este le propuso tener relaciones sexuales a la demandada; una vez desnudo fue rechazado por esta, entonces a fin de convencerla*, le indicó que presentara una solicitud de medida cautelar para que este en su calidad de juez, la declare fundada y así ordenara la entrega de su menor hijo en el plazo de veinticuatro horas. (Apelación N.° 39-2021-Ayacucho)

La sala penal permanente resolvió declarar infundado el recurso de apelación planteado por el ex juez procesado contra la resolución que declaró infundada la excepción de naturaleza de acción que había promovido.

Las coimas son los donativos nimios, o en pequeña cantidad o valor, entregados al magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo con la finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos.

2.4. Bien jurídico protegido

El bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico específico lo constituyen los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos y, además, el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin interferencias. Se busca con ello preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en el ámbito jurisdiccional y administrativo (Rojas Vargas, 2002, p. 501; Abanto Vásquez, 2003, p. 483; Sentencia Suprema de Apelación N.° 10-2017-Puno). También con este delito de infracción de deber se pretende proteger el principio de la gratuidad del acto público.

La ejecutoria suprema del 2 de julio de 1998, al resolver un caso concreto de cohecho pasivo específico, argumentó: «La conducta del encausado al solicitar prebenda económica con el fin de parcializar su decisión jurisdiccional, ha vulnerado los principios de una correcta administración de justicia y los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, que todo magistrado debe observar» (Exp. N.° 512-98-Lima, Sala C, Rojas Vargas, p. 697).

2.5. Sujeto activo

El delito de cohecho pasivo propio específico es un delito especialísimo de infracción de deber, pues aparte de solo perfeccionarse por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, este sujeto público debe además tener la condición de magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo. Los funcionarios o servidores públicos que no tienen aquella condición específica que refiere el tipo penal, así como los particulares, están excluidos de ser autores del delito de cohecho pasivo propio específico. A los particulares se les podrá atribuir el mismo delito, pero en su condición de cómplices si se determina que colaboraron o ayudaron al funcionario obligado a realizar el hecho punible.

Otra exigencia es que el sujeto activo debe solicitar, aceptar o recibir de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Si llega a verificarse que no tiene competencia para resolver o decidir el asunto y solo, por ejemplo, interviene para hacer que otro juez o fiscal decida en determinado sentido la *litis*, aquel no será imputado del delito de cohecho pasivo específico, sino del delito de tráfico de influencias.

Este aspecto aún no se entiende. En efecto, el caso de cohecho pasivo específico que da cuenta la sentencia de apelación (N.° 18-2018-San Martín) del 10 de octubre de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, confirmando la sentencia condenatoria a dos fiscales, no corrigió la defectuosa calificación del título de imputación efectuada a los acusados. Así tenemos que los hechos probados son los siguientes:

> El 14 de junio de 2011, a las ocho horas aproximadamente, el acusado Normando ..., en su calidad de Fiscal Provincial .... solicitó a la señora Isabel Ruiz... la suma de mil soles para el Fiscal Adjunto Provincial de su despacho, encausado Víctor Llanos..., encargado de la investigación a raíz de la muerte de Jorge Ruiz ... Ese mismo, día, a las trece horas aproximadamente, le entregaran a Llanos

... la suma de mil soles, repartidos en dos sobre que contenían la suma de quinientos soles cada uno. Dicha entrega se realizó en los servicios higiénicos de la cebichería «Las Dos Jarras», distrito de Nueva Cajamarca, provincia de Rioja, departamento de San Martín ... El diecisiete de julio de dos mil once Isabel Ruiz ... y su hermano Alberto Ruiz ..., en horas de la mañana, entregaron al acusado Normando ... la suma de mil soles dentro de un periódico, en las inmediaciones de las oficinas del Ministerio Público ... Dichas entregas de mil soles cada una, fue para que —según ellos— se haga justicia con motivo de la muerte de su hermano Jorge Ruiz ... El encausado Normando ... solicitó a la testigo Isabel Ruiz ... los servicios sexuales de una mujer porque estaba solo. Olga ... aceptó haber tenido dos encuentros sexuales con el acusado Normando ..., con la finalidad de favorecer a la señora Isabel Ruiz en el juicio de su hermano.

De la lectura de los hechos probados, no hay duda de que, los dos fiscales son autores paralelos del delito de cohecho pasivo específico; sin embargo, los jueces superiores de San Martín imputaron a los dos la comisión del delito objeto de acusación, condenando a Normando ..., en su calidad de fiscal provincial como cómplice primario del delito y a Víctor Llanos... en su calidad de fiscal adjunto provincial como autor del citado delito. La Sala Penal Permanente no corrigió este error y solo resolvió confirmar la sentencia condenatoria. Es más, al condenar a uno de los acusados como cómplice primario, se aplicó la teoría del dominio del hecho para saber quién es autor y quién es cómplice en un delito de infracción de deber.

Parecida posición adoptó la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en la sentencia (N.° 1-2017 —Puno), del 18 de junio de 2019. En efecto, allí se dio por probados los siguientes hechos: el acusado Jorge ... en condición de fiscal solicitó a Vilma Himelda ..., hermana del procesado Jhon ... que se encontraba con prisión preventiva, la suma cincuenta mil dólares, a cambio de reducirle la pena a través del proceso de terminación anticipada. Para las coordinaciones, el fiscal la llamó y le solicitó que consiga un certificado médico en el cual sé detalle que su madre sufre de una enfermedad grave. Se acordó que el lugar donde se haría entrega

> del dinero sería la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. El 25 de setiembre de 2013 Vilma ... denunció el hecho ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno, órgano de control que preparó el operativo respectivo e intervino al Fiscal con parte del dinero. Que en tales tratativas habría participado el acusado Percy Wilfredo ... quien en su condición de abogado fue el intermediario directo, ya que promovió y coordinó los encuentros y reuniones con el Fiscal, quien le comunicó acerca del dinero que le solicitó a la denunciante. El citado abogado llamó constantemente a la denunciante a su celular, sobre todo en días anteriores a la entrega de dinero. El fiscal también la llamó directamente, para indicarle que el abogado lo esperaba en su oficina de la Defensoría Pública, donde la denunciante asistía para coordinar la entrega del dinero que le habrían pedido.
>
> Estos hechos fueron calificados como delito de cohecho pasivo, previsto en el segundo párrafo, artículo 395 CP, en perjuicio del Estado, se acusó a Jorge ... y Percy Wilfredo ... como autor y cómplice primario, respectivamente y se solicitó para ambos la imposición de doce años de pena privativa de la libertad. En primera instancia se condenó al primero y se absolvió al segundo.

En este precedente judicial no se sostiene expresamente que el delito de cohecho pasivo específico sea uno de infracción de deber; sin embargo, por la forma de su redacción se infiere que así lo consideran. Igualmente, al haber indicado que el abogado absuelto también responde por el mismo delito que el autor (fiscal sentenciado), pero en calidad de cómplice primario, se debe inferir que han aplicado la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Con todo, respecto a la autoría y participación en el delito funcionarial de cohecho, se aplicó la teoría del dominio del hecho y de esa forma consideran que el abogado absuelto respondería como cómplice primario del delito funcionarial. La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte sigue incurriendo en el mismo error de la calificación efectuada por la Fiscalía Superior y la Sala Penal Especial de Puno, en cuanto consideran que el abogado interviniente en el cohecho pasivo específico tendría la calidad de cómplice primario, cuando en puridad es simplemente cómplice.

El *magistrado* es todo funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Abarca a todos los jueces del Poder Judicial de todos los niveles, así como a los del Tribunal Constitucional y los del fuero privativo militar, pues todos ellos administran justicia.

El *fiscal* es aquel funcionario de todos los niveles que pertenece al Ministerio Público. Incluso alcanza a los fiscales del fuero privativo militar.

El *perito*, por su parte, es aquel que domina una ciencia o arte, y es llamado a colaborar con la administración o con la justicia para ilustrar al juez, fiscal o autoridad administrativa. Solo comprende a los peritos oficiales.

Los *miembros del Tribunal Administrativo* son aquellos funcionarios que forman parte de un órgano colegiado encargado de procesar y resolver asuntos referidos a la justicia administrativa. Se refiere, por ejemplo, a los miembros del Tribunal del Indecopi, del Tribunal Fiscal, del Tribunal de Aduanas, etc.

Los *árbitros* son personas designadas o nombradas oficialmente por las partes en conflicto para solucionar un determinado problema. Estos pueden ser los siguientes: a) de derecho, se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto; y b) de conciencia, se valen de su sabiduría y los usos vigentes (Rojas, 2002, p. 302).

La actuación de los árbitros se rige por la Ley de arbitraje. Actualmente, por ejemplo, tenemos un caso emblemático en el cual varios abogados vienen siendo procesados por el delito de cohecho pasivo específico debido a que fueron designados árbitros para resolver conflictos entre el Estado (Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y la empresa brasileña Odebrecht. La hipótesis del titular de la acción penal es que en su condición de árbitros habrían recibido varios sobornos a cambio de favorecer con los laudos arbitrales a la empresa brasileña (El caso emblemático en la justicia penal peruana conocido como «Los árbitros y Odebrecht»).

Finalmente, respecto de la cláusula *o cualquier otro análogo a los anteriores* debemos entender que abarca a cualquier otro funcionario o servidor público encargado por ley de administrar justicia jurisdiccional

o administrativa. Entrarían aquí los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, las comisiones especiales del Congreso, las autoridades de las Comunidades Campesinas encargadas de administrar justicia comunal, etc.

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo específico es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal solo esta se constituirá en sujeto pasivo excluyéndose al Estado. Así lo deja establecido la ejecutoria suprema del 1 de julio de 1998:

> Conforme a lo establecido por esta suprema sala en numerosas ejecutorias, tratándose de delitos contra la administración pública en perjuicio de los gobiernos locales o regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, toda vez que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación. (Exp. N.° 5431-97-Arequipa, ROJAS VARGAS, 2005 p. 593).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395 CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el sujeto activo de la conducta es consciente del carácter y finalidad de la solicitud, aceptación o recepción de la dádiva o presente y querer actuar a pesar de ello.

La doctrina peruana es unánime en considerar que solo es posible la comisión por dolo directo.

Aparte del dolo, el tipo penal exige la concurrencia de un elemento subjetivo adicional al dolo: el «a sabiendas». Esto supone que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con

conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores, y, pese a ello, solicita o recibe. Obviamente se trata de un caso de doble venalidad del sujeto activo, pues lesiona el deber de probidad funcional y puede no acceder a la pretensión al momento de resolver (ROJAS VARGAS, 2002, p. 505).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, la conducta se perfecciona con el simple hecho de aceptar o admitir, por parte del agente especial el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la conocida y sabida finalidad de influir o decidir un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento o competencia. Se configura el hecho punible independientemente de que después, por ejemplo, lo prometido u ofrecido no se haga realidad o, pese a que el juez o fiscal reciba realmente lo prometido u ofrecido, y no decida el asunto a favor del tercero que entregó la dádiva o coima. Para consumarse el delito, basta con acreditar que el agente aceptó o admitió donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de influir en la decisión de un asunto judicial o administrativo sometido a su conocimiento y competencia. Se trata de un delito de mera actividad.

En el caso de que el agente recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio la conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio. El delito se configura aun cuando el funcionario o servidor público recibe lo prometido u ofrecido y no decide el asunto judicial o administrativo sometido a su competencia de acuerdo con las pretensiones del tercero que entregó la dádiva. Basta con acreditar que el agente recibió o embolsó el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el fin conocido de influir en la resolución del asunto judicial o administrativo que conoce o tramita. Se trata de un delito de mera actividad.

El supuesto que se configura cuando el agente solicita directa o indirectamente, donativo, promesá o cualquier otra ventaja o beneficio,

se perfecciona o consuma con el simple hecho de solicitar, por parte del agente, el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad específica de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El delito se perfecciona independientemente de que lo solicitado o requerido no se haga realidad, o pese a que el funcionario o servidor público, que recibió realmente lo solicitado o procurado, no resuelve el asunto de acuerdo con lo que se comprometió al solicitar la dádiva o coima. Basta con acreditar que el agente solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja con la conocida y consciente finalidad de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad (Sentencia de apelación N.° 10-2017-Puno).

Ya hemos precisado, todos los supuestos de cohecho no son actos bilaterales (que requieran pacto o acuerdo de voluntades); por el contrario, se perfeccionan por actos unilaterales. De modo que el funcionario que solicita una dádiva, solo por dicha mera solicitud consuma el delito de cohecho pasivo específico, aunque no sea aceptada por el particular; y este consuma el delito de cohecho activo si entrega u ofrece una dádiva al sujeto público, aunque este no la acepte o admita. En suma, el delito de cohecho pasivo específico es independiente y autónomo respecto del delito de cohecho activo.

Al constituir los supuestos delictivos, hechos punibles de mera o simple actividad, no es posible que se queden en el grado de tentativa. En el mismo sentido, Abanto Vázquez (2003, p. 495) expresa que «en ningún caso es posible la tentativa». Asimismo, afirma que antes de la solicitud no existían actos autónomos que constituyan un injusto penal; en el caso de «aceptar promesas» y «aceptar bienes», en realidad, tampoco es posible la tentativa, pues los actos que lo constituirían, o bien ya son abarcados por la modalidad de «solicitar», o bien todavía no constituyen ningún acto externo reconocible que merezca reproche penal.

En cambio, Rojas Vargas (2002, p. 505) explica, sin mayor fundamento, que los diversos supuestos combinan comportamiento de simple actividad y de resultado. Precisa que «resultan admisibles las formas de tentativa».

5. PENALIDAD

Si el hecho punible imputado al magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores es alguno de los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 395 CP, aquel será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En cambio, si el hecho imputado es el supuesto previsto y sancionado en el segundo párrafo del citado numeral, el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro del Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores será sancionado con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

§ 24

CORRUPCIÓN PASIVA PROPIA E IMPROPIA DE MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL

Mediante el Decreto Legislativo N.° 1351, publicado el 7 de enero de 2017, se incorporaron al Código Penal los artículos 395-A y 395-B que tipifican los delitos de cohecho pasivo propio e impropio referidos exclusivamente a una conducta ilícita cometida por los miembros de la Policía Nacional del Perú. La explicación que se tiene para su separación es que se pretende sancionar en forma autónoma la corrupción cometida por agentes policiales debido a su disciplina y al rol fundamental que cumplen las dinámicas sancionadoras en la formación de los agentes policiales. En la exposición de motivos del citado decreto legislativo, pese a que es frecuente en la doctrina penal que la pena lamentablemente no sirve para prevenir la comisión de delitos, se sostiene que «se pretende que la pena adecuadamente operativizada contribuya eficazmente a la prevención de conductas ilícitas en el cuerpo policial» (Exposición de motivos del Decreto Legislativo N.° 1351, 07 de enero de 2017).

Asimismo, en la exposición de motivos se sostiene que los miembros de la PNP, por la labor sustancial que realizan en beneficio de la colectividad, se encuentran en un condición especial y particular en el universo conformado por funcionarios o servidores públicos que prestan servicios en el Estado. Esta situación obedece al rol que asume

el personal policial como imagen representativa de la ley, el orden y la seguridad, y que, por ello, debe contar con altos principios y valores, independientemente de la vocación de servicio profesional, capacidades y competencias que permitan generar importantes niveles de legitimidad y prestigio social frente a la sociedad. Por esta razón, una conducta contraria a la ley y al derecho debe ser sumamente reprochable frente a la sociedad. De ahí que el legislador ha determinado sancionar con la pena privativa de libertad más alta las conductas de cohecho pasivo propio e impropio previstas en los artículos 393 y 394 CP (Salinas Siccha, 2021, p. 251).

1. COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

El artículo 395-A, incorporado al Código Penal por el Decreto Legislativo N.° 1351 del 07 de enero de 2017, tiene el siguiente contenido:

> 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 CP.
>
> ***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 CP.***

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado se perfecciona cuando el agente policial acepta una ventaja indebida, para sí o para un tercero, a cambio de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo policial. De esta manera, debe existir una relación de finalidad entre la aceptación de la ventaja dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el efectivo policial con violación o lesión de sus obligaciones derivadas de su función policial (SALINAS SICCHA, 2021, p. 252).

El nuevo tipo penal 395-A CP recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas.

El primer párrafo prevé tres supuestos generales: a) el que se configura cuando el agente policial, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente policial acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para otro para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) se perfecciona cuando el agente policial acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio como consecuencia de haber faltado a las obligaciones derivadas de su función policial.

De igual modo, el segundo párrafo del artículo 395-A CP establece tres supuestos delictivos particulares: a) el que aparecer cuando el sujeto activo, siempre efectivo policial, solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) el que se configura cuando el agente policial solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para omitir un acto en violación de sus obligaciones, y c) el que se configura cuando el agente policial solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado ya a sus obligaciones derivadas de su función policial.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo 395-A CP tipifica como hechos punibles dos supuestos: el primero se configura cuando el agente policial condiciona su conducta funcional derivada de la función

policial la entrega de donativo o ventaja; y el segundo se configura cuando el sujeto activo policial condiciona su conducta funcional, derivada de la función policial la entrega de donativo o ventaja.

Todas estas hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a actos, en general, inherentes a la función policial.

En la conducta del agente, siempre miembro de la policía nacional, 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 de cohecho pasivo.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, es decir, que no es debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde 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.

Las coimas son los donativos nimios, o en pequeña cantidad o valor, dados al policía para acelerar trámites, obviar entrampamientos burocráticos en las investigaciones policiales o motivar, en general, la voluntad del agente policial. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento en el desarrollo de las actividades policiales.

La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente 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.

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 con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos laborales, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, pertenencia a un club social, concesión de préstamos con condiciones favorables, o concesión de préstamos gratuitos, etc.

Debido a que se trata de un delito de infracción de deber, el bien jurídico protegido lo constituyen tres principios que regulan la actividad policial. Por tanto, los bienes jurídicos que se pretenden cautelar son los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los miembros de la Policía Nacional.

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395-A CP son de comisión netamente dolosa, y no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

Consideramos que solo es posible el dolo directo. No es posible que alguna conducta de cohecho pasivo propio se materialice por medio de dolo eventual. El agente policial desde el primer momento sabe y conoce que acepta, recibe, solicita o condiciona su actuar a la entrega de una ventaja indebida, para realizar u omitir un acto al que está obligado quebrantando sus deberes u obligaciones derivadas de la función policial.

Respecto a la consumación, todos los supuestos delictivos son de mera o simple actividad. En consecuencia, es imposible que alguna conducta se quede en el grado de tentativa. No caben, por lo tanto, las formas imperfectas de ejecución. Por ejemplo, en un caso en el cual el agente policial es sujeto pasivo del ofrecimiento, el delito se consuma con la aceptación o recepción del donativo o promesa.

Todos los supuestos de cohecho pasivo propio realizados por los agentes policiales no son actos bilaterales (que requieran pacto o acuerdo de voluntades). Por el contrario, se perfeccionan por actos unilaterales, de modo que el policía que solicita una dádiva, solo por dicha mera solicitud consuma el delito de cohecho pasivo, aunque no

sea aceptada por el particular; y este consuma el delito de cohecho activo si entrega u ofrece una dádiva al sujeto público, aunque este no la acepte o admita. En suma, el delito de cohecho pasivo propio es independiente y autónomo respecto del delito de cohecho activo.

Finalmente, este delito de cohecho pasivo propio es un delito especial de infracción de deber. Solo puede ser perfeccionado por un ciudadano que tiene la condición o cualidad de miembro policial. Los particulares están excluidos de ser autores de este delito. Estos solo pueden ser atribuidos al mismo delito en su calidad de cómplices, si se llega a verificar su intervención en la conducta del policía.

La exigencia es que aquel policía debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete a cambio de la ventaja indebida. Si no tiene competencia funcional y solo, por ejemplo, interviene para hacer que otro policía lo realice o deje de realizar, aquel no será autor del delito de cohecho pasivo propio, sino de cualquier otro delito (SALINAS SICCHA, 2021, p. 255).

3. COHECHO PASIVO IMPROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

El artículo 395-B, incorporado al CP por el Decreto Legislativo N.° 1351 del 07 de enero de 2017, tiene el siguiente contenido:

> 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 otra ventaja indebida 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 cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Hermenéutica jurídica

El nuevo hecho punible incorporado al Código Penal por el Decreto Legislativo N.° 1351, de enero de 2017, denominado «cohecho pasivo impropio» realizado por efectivo policial se configura o perfecciona cuando el sujeto activo, siempre efectivo policial con conocimiento y voluntad, acepta, recibe o solicita en forma directa o indirecta, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su función, sin faltar a su obligación derivada de la función policial, o como consecuencia de haber ya realizado el acto de su función policial. No se exige que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función que al tercero corruptor le interesa, pero sí es necesario que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el objeto corruptor (SALINAS SICCHA, 2021, 256).

El nuevo artículo 395-B CP recoge diversas conductas o comportamientos delictivos, que con fines pedagógicos debemos explicar por separado:

a) Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional.

b) Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional.

c) Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional.

d) Recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional.

e) Solicitar en forma directa o indirecta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación funcional.

f) Solicitar en forma directa o indirectag donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido como consecuencia de haber ya realizado su obligación funcional normal.

Todos los supuestos se configuran independientemente de que luego, por ejemplo, lo solicitado o requerido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente policial solicitó o requirió a un tercero donativo, promesa o cualquier otra ventaja a consecuencia de haber realizado o cumplido sus obligaciones normales para consumarse el delito. Se trata de supuestos delictivos de mera actividad.

En la conducta del agente, miembro de la policía nacional, 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 de cohecho pasivo impropio no aparece.

El bien jurídico genérico es el correcto, transparente y normal funcionamiento del Estado en el sector de la actividad policial. En cambio, respecto de los bienes jurídicos específicos que se pretenden cautelar, tan igual como el bien jurídico específico en el delito de cohecho pasivo propio, lo constituyen los principios de imparcialidad, gratuidad del acto público y honestidad en el desempeño de la función pública por los efectivos de la Policía Nacional.

El sujeto pasivo del delito de cohecho pasivo impropio es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

De la redacción del contenido del nuevo tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 395-B CP son de comisión netamente dolosa, no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el policía interviene conociendo perfectamente que actúa, hace u omite o prescinde un acto oficial al que está obligado bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio. Conoce su proceder indebido, sin embargo, voluntariamente procede.

Consideramos que solo es posible el dolo directo; no es posible que alguna conducta de cohecho pasivo impropio se materialice por medio de dolo eventual. El agente policial desde el primer momento sabe y conoce que acepta, recibe o solicita la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar un acto al que está obligado a efectuar de acuerdo con sus funciones y atribuciones del cargo o empleo policial que desempeña dentro del Estado.

El delito de cohecho pasivo impropio efectuado por miembro policial es un delito de infracción de deber. Solo puede ser perfeccionado por una persona que tiene la condición o cualidad de efectivo o miembro de la Policía Nacional. Los particulares u otro funcionario o servidor público están excluidos de ser autores de este nuevo delito. Solo pueden ser cómplices si se advierte que han colaborado o ayudado al sujeto policial a cometer el delito.

La exigencia es que aquel policía debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete, pero siempre sin faltar a sus obligaciones normales y naturales. Si no tiene competencia y solo interviene para hacer que otro policía, por ejemplo, lo realice sin faltar a sus obligaciones funcionales, aquel no podrá ser autor de cohecho pasivo impropio (Salinas Siccha, 2021, p. 258).

§ 25

CORRUPCIÓN PASIVA DE AUXILIARES JURISDICCIONALES

1. TIPO PENAL

El Código Penal derogado de 1924 no reguló esta figura delictiva sancionada en el artículo 396 CP vigente. Esta prevé la extensión de la tipicidad de los supuestos punibles sancionados en el artículo 395 CP.

Compartimos criterio con Rojas Vargas (2002, p. 508) cuando refiere que la técnica legislativa empleada para la construcción del tipo penal es imperfecta, pues los componentes típicos del artículo 395 no pueden ser en conjunto aplicados al ámbito de competencia de un auxiliar de justicia o de quien desempeñe un cargo similar. En estos sujetos no se concentra la potestad de decidir un asunto de índole judicial, litigioso, administrativo o técnico especializado. La figura penal, en su nivel de tipicidad, se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, auxiliares y cargos similares o análogos.

El texto original del artículo 396 CP de 1991 fue objeto de una modificación por el artículo 1 de la Ley N.° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano,* el 6 de octubre de 2004. Finalmente, se ha producido la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, quedando la formula legislativa con el contenido siguiente:

Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

El artículo 396 CP no es más que la ampliación del contenido del artículo 395, que fue anteriormente analizado. En consecuencia, remitimos al lector a lo ya dicho respecto del delito de cohecho pasivo específico.

Aquí solo es pertinente dejar establecido que el cohecho pasivo específico por la calidad del agente, tipificado en el artículo 396 CP, se configura cuando el sujeto activo ya sea en su calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, desde cualquier modalidad, acepta o recibe de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas de que es efectuado o realizado con el fin de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.

De igual forma, se perfecciona el citado ilícito penal cuando el agente ya sea en su calidad de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a los anteriores, bajo cualquier modalidad solicita a un tercero (se entiende interesado en el asunto), directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en un asunto que está sometido a su conocimiento y competencia.

Como ejemplos de la modalidad de solicitar dádiva por parte de secretarios judiciales tenemos varios pronunciamientos jurisdiccionales. En efecto, la ejecutoria suprema del 19 de octubre de 2001 argumentó:

> Aparece de lo actuado que el encausado, en su condición de Secretario del Juzgado de Paz Letrado, fue intervenido por personal de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, en circunstancias que recibía de la quejosa un billete de

cien nuevos soles, suma que solicitó a fin de llevar a cabo una diligencia de embargo en un proceso de alimentos; que, aun cuando el citado justiciable primigeniamente negó los hechos tratando de justificar su conducta, manifestando haber sido inducido por su coprocesada, sin embargo, ante la flagrancia del delito y del mérito de las pruebas actuadas, su responsabilidad se encuentra suficientemente acreditada en autos. (R. N. N.° 3146-2001-Cono Norte de Lima, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 700)

En la ejecutoria suprema del 24 de julio de 2001, la autoridad máxima de nuestro Poder Judicial considera lo siguiente:

De las declaraciones de la testigo, se desprende que su hijo fue notificado para que se presente ante el Juzgado de Paz Letrado, en la secretaría del imputado, a fin de que rinda su declaración en el proceso instaurado por faltas, por lo que se apersonó al juzgado, entrevistándose con el encargado, quien le solicitó dinero para solucionar el problema de su hijo, manifestándole que si este no se presentaba iba a ser detenido, motivando que la declarante denunciara ante la Odicma; el procesado niega los cargos negando reiteradamente haberle solicitado dinero para archivar el proceso, sorprendiéndole la actitud de la testigo cuando le dejó en su escritorio un sobre que contenía S/. 50 nuevos soles; empero, de la compulsa de las pruebas actuadas se establece la comisión del ilícito instruido, así como la responsabilidad penal del procesado, hecho que ha sido corroborado con el acta de verificación del que se evidencia que el procesado presentaba las manos manchadas con sustancia química de color azul, perteneciente al reactivo utilizado para marcar los billetes que le fueron entregados, acta de entrega de dinero, acta de impregnación de los billetes y de la diligencia de confrontación. (R. N. N.° 4496-2000-Lima, URQUIZO OLAECHEA, 2005, p. 693)

En caso similar, la ejecutoria suprema del 18 de abril de 2002:

Practicado el operativo respectivo por la Odicma, en presencia del representante del Ministerio Público, al que se contraen las fotocopias certificadas del expediente administrativo, se llegó a demostrar y así trasciende específicamente del acta de hallazgo,

> que en uno de los anaqueles metálicos ubicados en el mismo ambiente donde funcionan las oficinas de Secretaría y Mesa de Partes, se ubicó el dinero que previamente había sido fotocopiado por la oficina contralora y destinado para el encausado, quien parcialmente lo ha reconocido en su manifestación instructiva, y si bien estos hechos los ha negado en la fase del juicio oral, ello obedece a un simple argumento de irresponsabilidad, que resulta irrelevante frente a las luces de las pruebas existentes e irrefutables, que confirman el hecho que el encausado había solicitado cien dólares americanos para elevar la causa —tenencia de menor— a la Sala Superior. (Exp. N.° 751-2001-Lima, ROJAS VARGAS, 2005, p. 340)

Todas las hipótesis delictivas tienen que estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del agente. En los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia, no configura el cohecho pasivo que analizamos. Sin duda, alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho pasivo específico por la calidad del agente pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento 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), mientras que este último obtiene provecho al resolverse el asunto de acuerdo con sus intereses particulares. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos. Así, por ejemplo, en la modalidad típica de solicitar no es necesario bilateralidad, pues aquí, con el simple hecho de solicitar, se consuma o perfecciona el delito no exigiéndose la aceptación del tercero. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito.

Resulta obvio que el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo (asistente de función fiscal) al solicitar, aceptar o recibir alguna ventaja o beneficio con la finalidad de influir en las decisiones de asuntos sometidos a su competencia, no tratarán de influir a su vez en la decisión de los jueces o fiscales, por ejemplo, para lograr resoluciones o dictámenes tendenciosos. Si esto último se verifica en un hecho concreto, el auxiliar jurisdiccional o asistente de función fiscal responderá pe-

nalmente por actos decisionales de competencia de jueces o fiscales a título de complicidad o de acuerdo con las circunstancias, a título de tráfico de influencias (Rojas Vargas, 2002, p. 510). Este autor solo se refiere a secretarios judiciales y jueces.

2.1. Sujeto activo

El delito de cohecho pasivo propio específico es un delito especialísimo, ya que, aparte de solo perfeccionarse por una persona que tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, este sujeto público debe además tener la condición de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo. Los funcionarios o servidores públicos que no tienen aquella condición específica que refiere el tipo penal 396, así como los particulares, están excluidos de ser autores del delito de cohecho pasivo propio específico. Solo podrán ser cómplices si se advierte que han colaborado en la comisión del delito por parte del sujeto público obligado.

Otra exigencia la constituye el hecho de que el sujeto activo debe solicitar, aceptar o recibir de tercero (otro funcionario o particular) donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es efectuado o realizado con el fin de influir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. El agente debe tener acceso directo al asunto para efectuar actos a favor del tercero que ofrece o entrega la ventaja o beneficio. Un ejemplo característico lo constituyen los secretarios judiciales que tienen a su disposición el expediente judicial, en el cual proyectan resoluciones de forma y de fondo.

Lo solicitado por el agente debe tener por finalidad realizar un acto en el expediente que tiene a su cargo. Si se verifica, por ejemplo, que solicitó dádiva para hacer o influir que otro secretario realice un acto a favor de tercero, no será autor del delito en hermenéutica jurídica, sino se le imputará el delito de tráfico de influencias.

Ahora, veamos por separado qué servidores públicos pueden ser pasibles de cometer alguno de los supuestos delictivos tipificados en el artículo 395, en concordancia con el artículo 396 CP:

- *Secretario judicial.* Son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en los Juzgados de Paz Letrado, en los juzgados penales de Primera Instancia, en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema. Las obligaciones y atribuciones de los secretarios judiciales se prevén en los artículos 259 y 266 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- *Relator.* Son aquellos servidores públicos nombrados o contratados por el Poder Judicial asignados en las salas superiores y en las salas de la Corte Suprema según lo previsto en los artículos 250 y 251 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las obligaciones y las atribuciones de los relatores se precisan en el artículo 263 del citado TUO.
- *Especialista.* Son aquellos servidores públicos contratados por el Poder Judicial asignados a los juzgados civiles, comerciales y laborales, comúnmente se les denomina «especialistas legales». Su labor se parece a la de un secretario judicial asignado a un juzgado penal.
- *Auxiliar jurisdiccional.* Si bien todos los cargos anteriores, según el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también reciben la denominación general de «auxiliares jurisdiccionales». Con esta etiqueta, el legislador ha pretendido englobar a todos los demás servidores del Poder Judicial que, de una u otra manera, tienen contacto con la tramitación de un proceso, ya sea de carácter jurisdiccional o administrativo. Aquí entran los asistentes administrativos, los asistentes de juez, los que cumplen la labor de notificadores, los que cumplen la labor en las Odicmas o en la OCMA, etc.
- *Cualquier otro análogo.* Esta fórmula abierta empleada por el legislador significa que cualquier otro servidor que cumple parecidas obligaciones o atribuciones a los anteriores se constituye en sujeto activo del delito en hermenéutica jurídica. Aquí, por ejemplo, se subsume a los asistentes de función fiscal o asistentes administrativos que trabajan en los despachos fiscales de todos los niveles del Ministerio Público.

De ese modo, simplemente no es de recibo para nuestra normativa penal la interpretación que hace Rojas Vargas (2002, p. 509) cuando refiere que lo similar está en relación con los cargos de secretario judicial y con las labores de auxilio judicial, y que además afirme que aquí se ubican los asistentes judiciales, los relatores, asistentes sociales adscritos a determinados juzgados, etc. Todos estos cargos, como ya se explicó, *ut supra*, se engloban en la expresión «auxiliares jurisdiccionales» al que expresamente se refiere el tipo penal en análisis.

3. PENALIDAD

En caso de que el hecho punible imputado al agente específico constituya uno de los regulados en el artículo 395, en concordancia con el artículo 396, aquel será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena disminuida se justifica por la naturaleza menor del injusto penal, para la valoración político-penal peruana, cuando el hecho es cometido por un colaborador del juez o fiscal, por ejemplo. El menor o inexistente poder de decisión de secretarios, auxiliares judiciales o asistentes de función fiscal no lesiona el bien jurídico protegido en la magnitud en que sí lo hacen los actos de los funcionarios públicos que regula el artículo 395 CP. En forma restrictiva Rojas Vargas, solo para los trabajadores del Poder Judicial.

§ 26

COHECHO ACTIVO GENÉRICO

1. TIPO PENAL

Las conductas delictivas que en conjunto se denomina «cohecho activo genérico», y que en otras legislaciones se designa como «delito de soborno», tienen su antecedente directo y más inmediato en la legislación nacional, en el artículo 353 CP derogado. Sin embargo, el artículo 353 fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 121 del 12 de junio de 1981.

Así mismo, el contenido del delito de cohecho activo genérico tipificado en el Código Penal de 1991, que en principio estaba regulado en el artículo 399, no obstante, con la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004 se modificó y se cambió de ubicación al artículo 397 CP, el mismo que después de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, nuevamente ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016, y quedó con el contenido siguiente:

> **El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.**

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del contenido del tipo penal, se advierte que el legislador ha reproducido las descripciones típicas del cohecho pasivo propio e impropio regulados en los artículos 393 y 394 CP para tipificar la conducta del tercero interesado que corrompe o trata de corromper al funcionario o servidor público. Por lo tanto, estamos ante un delito de corrupción de carácter genérico, ya que el sujeto activo del delito es indeterminado al igual que los destinatarios de la acción del soborno (ROJAS VARGAS, 2002, p. 534). Por la redacción de la fórmula legislativa, podemos aseverar que se trata de un delito común, por lo que, cualquier persona puede ser autor de este hecho punible, además de que no se exige alguna condición especial o cualidad personal en el agente.

La peculiaridad aparece cuando el legislador ha tipificado el cohecho activo impropio tanto en su modalidad de comisión como omisión.

El delito de soborno o cohecho activo genérico se configura o perfecciona cuando el agente o sujeto activo, desde cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad de que realice u omita actos, en violación de sus obligaciones funcionales normales.

La finalidad que busca el agente con su actuar es trascendente para tipificar el delito. Si el objetivo de la entrega u ofrecimiento de la dádiva no tiene relación con el desarrollo de las funciones oficiales del sujeto público, entonces el delito de cohecho no se configura.

El objetivo explícito o implícito del actuar del agente es ser favorecido en el desarrollo de los actos funcionales. Este favorecimiento puede traducirse en que le den la razón, le ayuden en su petición, aceleren el trámite, aceleren la dación del acto funcional, etc. Un hecho real al respecto y que sirve de ejemplo fue objeto de pronunciamiento de la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2002:

> Del estudio de los actuados se desprende que, en autos ha quedado fehacientemente acreditado que la acusada entregó a sus coencausados determinadas sumas de dinero con la finalidad de que, en sus condiciones de miembros del jurado calificador del concurso a la plaza de auxiliar de cátedra de la Universidad, a la cual postulaba, la favorecieran. (R. N. N.° 1854-2001-Huánuco, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 517)

De igual modo se configura cuando el agente, con la finalidad de que el funcionario o servidor público sin faltar a sus obligaciones normales, realice u omita actos propios de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, desde cualquier modalidad o medio le ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio.

Todas las hipótesis delictivas tipificadas en el artículo 397 CP tienen que estar vinculadas a actos generalmente inherentes a las funciones o servicio propio del funcionario o servidor que se corrompe. Los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran cohecho. Sin duda, la mayoría de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo propio pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el sujeto activo se beneficia o aprovecha del acto funcional o de servicio cometido u omitido por el funcionario o servidor y este se beneficia con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa de donativo. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos, como ocurre con la modalidad típica de ofrecer, pues aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito, por lo que no se exige la aceptación del funcionario o servidor público a quien se pretende sobornar; por tanto, no es necesaria la existencia de pacto o concierto.

2.1. Comportamientos delictivos

El artículo 397 CP recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas y luego explicarlas para conocer su naturaleza jurídica.

2.1.1. El agente ofrece al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

Aquí el verbo rector es **ofrecer**. El delito de soborno se configura cuando el agente —tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor, con lo que incumple o violenta sus obligaciones. Esta última parte se materializa cuando el sujeto público que también comete delito (previsto en el artículo 393 CP) realiza un acto que transgrede 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 funcionario o servidor público. La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes.

El delito se configura independientemente de si lo ofrecido u ofertado no se hace realidad o, pese que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público no lo acepta y más bien denuncia los hechos. Basta con acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.2. El agente ofrece al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Este supuesto delictivo se perfecciona o configura cuando el agente —tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, al funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que este omita o se abstenga de realizar un acto en violación a sus deberes normales que desempeña al interior de la administración pública.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente, por ejemplo, de que lo prometido u ofrecido no se haga realidad. Basta con acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

La ejecutoria suprema del 20 de abril de 2010 da cuenta de un hecho real de esta modalidad delictiva:

> En tal orden de ideas, se advierte que las pruebas aportadas permiten concluir que el encausado Condori Flores al ser intervenido por efectivos policiales y a fin de no ser detenido, por tener requisitos pendientes, ofreció e hizo entrega a los policías de la suma de un mil nuevos soles, cantidad que fue solicitada a la persona de Santiago Huamaní Flores, quien llevó la indicada suma al lugar del encuentro previamente coordinado. (R. N. N.° 1168-2009-Lima-Sala Penal Permanente)

2.1.3. El agente entrega al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

Aquí el verbo rector es **entregar**, que significa facilitar, conceder, otorgar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente —tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— de cualquier manera, o forma facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que realice un acto, en violación de sus obligaciones. Este último aspecto se materializa cuando el sujeto público, que también comete delito, realiza un acto que transgrede 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 funcionario o servidor público.

La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con lo entregado realice un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si pese a recibir lo entregado el sujeto público no infringe sus deberes funcionales. De igual modo, el delito se configura así el sujeto público no acepte lo entregado o facilitado. Basta con acreditar que el agente dio, entregó o facilitó un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

Para graficar este supuesto tenemos el hecho real que fue objeto de pronunciamiento de la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2004:

> El delito efectivamente perpetrado es el de cohecho activo genérico ..., que 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; 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. (R. N. N.° 3778-2003-Lima, San Martín Castro, 2006, p. 648)

2.1.4. El agente entrega al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Al igual que la hipótesis anterior, el comportamiento delictivo se configura cuando el agente —ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— de cualquier forma o modalidad facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de entregar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepta lo entregado y más bien denuncia el hecho, o cuando el beneficiado con lo entregado no omita el acto que se le solicita, etc. Basta con acreditar que el agente dio o entregó un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata también de un delito de mera actividad.

2.1.5. El agente promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

En este supuesto punible el verbo rector es **prometer**, que significa brindar, afirmar, anunciar, pactar, convenir o proponer algo a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente —tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— brinda, afirma, anuncia, propone o promete al funcionario o servidor público, que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de prometer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si lo prometido o pactado no se hace realidad o, pese a que el agente realiza la promesa, el sujeto público no la acepta y más bien lo denuncia. Basta con acreditar que el agente prometió la entrega de donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin que el destinatario de la promesa efectúe un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata de un delito de mera actividad.

2.1.6. El agente promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Igual que la hipótesis anterior, el comportamiento delictivo se configura cuando el agente —tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular— brinda, afirma, anuncia, propone o promete la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público que tiene que realizar o decidir algún asunto de su interés con la finalidad de que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de prometer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de si el sujeto público no acepta lo prometido y más bien denuncia el hecho, o cuando el beneficiado con la promesa no omita el acto que se le solicita, etc. Basta con acreditar que el agente anunció, pactó, convino o prometió la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito. Se trata también de un delito de mera actividad.

2.1.7. El agente ofrece, da o promete al sujeto público donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para que realice u omita un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación

El segundo párrafo del artículo 397 regula o tipifica la conducta de los terceros que originan, ocasionan o hacen que los funcionarios o servidores públicos perfeccionen o cometan el delito de cohecho pasivo impropio previsto y sancionado en el artículo 394 CP. De ahí que a estos supuestos también se le denomina «corrupción activa impropia»; en tanto que los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 397 se denominan corrupción activa propia.

El contenido del artículo 394 ha sido analizado, por lo que remitimos a nuestros lectores a lo que se indicó para entender los supuestos punibles tipificados en el segundo párrafo del artículo 397.

Cabe precisar que el origen de la propuesta corruptora proviene de un sujeto indeterminado. Lo impropio radica en el hecho de que el sujeto activo del delito intenta corromper al funcionario o servidor para que este haga u omita un acto inherente a sus funciones sin faltar a sus obligaciones, es decir, para que actúe de conformidad a derecho. El núcleo del injusto penal se focaliza en el hecho del irrespeto del sujeto

indeterminado a los agentes personalizados de la administración pública, quienes gozan de facultades y competencias para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo (ROJAS VARGAS, 2002, p. 539).

2.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

De la lectura del artículo 15 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, en vigor desde el 9 de diciembre de 2005, se advierte que la convención no tipifica como delito de cohecho pasivo propio varios de los supuestos regulados por la legislación nacional. En efecto, el artículo 15 de la convención prescribe que cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, «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» (artículo 15.a, Convención de ONU Contra la Corrupción). Sin embargo, también el inciso 2 del artículo 65 del mencionado instrumento jurídico internacional prescribe que «cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente convención a fin de prevenir y combatir la corrupción». De modo que la legislación nacional no se contrapone ni entra en conflicto con la Convención de la ONU contra la corrupción.

2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio. Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de cohecho activo genérico no aparece.

El **donativo** es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público. *Donativo*, *dádiva* o *presente* son sinónimos, expresan una misma idea: *obsequio* o *regalo*.

La calidad del donativo penalmente relevante se corresponde con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del sujeto público hacia una conducta deseada y de provecho para el agente 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. (ROJAS VARGAS, 2002, p. 450).

La **promesa**, en cambio, se traduce en un ofrecimiento que hace el agente al funcionario o servidor público 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 jurídica y materialmente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.).

La modalidad de la promesa puede ser directa, explícita o indirecta, y utilizar familiares o allegados del sujeto activo. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el sujeto público ya ha perdido la calidad de funcionario o servidor público, siempre, claro está, que la promesa se halle vinculada con el ejercicio funcional de aquel. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del funcionario o servidor público con la promesa efectuada.

Cualquier otra ventaja o beneficio debe entenderse como un mecanismo subsidiario y complementario, cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que entrega, ofrece o promete el agente al sujeto público con la finalidad de quebrantar sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

Las coimas son los donativos nimios o en pequeña cantidad o valor, dados por el agente al funcionario o servidor público para acelerar trámites, procesos, obviar entrampamientos burocráticos o motivar en general la voluntad del sujeto público. Las coimas constituyen niveles mínimos de cohecho que igualmente resultan punibles, pues generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios públicos (ROJAS VARGAS, 2002, p. 454).

2.4. Bien jurídico protegido

Como en la mayoría de los delitos que en este libro interpretamos, el *bien jurídico genérico* es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, el *bien jurídico específico* radica en la protección al ejercicio regular de las funciones públicas contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos, o, en otros términos, garantizar a través de la conminación penal el respeto que se debe al desarrollo funcional de la administración pública (ROJAS VARGAS, 2002, p. 534). De ello deriva la protección de los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos con la evidente finalidad que al momento de desarrollar sus funciones lo realicen con toda imparcialidad.

2.5. Sujeto activo

El delito de cohecho activo genérico es un delito común. Puede ser perfeccionado por cualquier persona, incluso por quien tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público, por lo que no se exige que el agente tenga alguna calidad o cualidad especial. Para efectos de la autoría y participación, perfectamente se utiliza la teoría de dominio del hecho.

El sujeto activo puede actuar en su calidad de autor directo, autor mediato o coautor. Por ejemplo, la jurisprudencia se ha pronunciado en forma atinada sobre un cohecho activo efectuado por autor mediato, en la ejecutoria suprema del 25 de mayo de 1998. Allí se sostiene que «para la comisión, entre otros, del delito de corrupción activa de fun-

cionarios, resulta irrelevante que los sujetos activos no hayan estado en el país al admitir el Código Penal la autoría mediata, es decir, la utilización de terceras personas» (Exp. N.° 619-98-Lima, sala B, ROJAS VARGAS, 1999, p. 694).

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de cohecho activo genérico es el Estado, al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el tipo penal 397 CP son de comisión netamente dolosa; no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del funcionario o servidor público.

El dolo supone que el agente obra con voluntad propia y conociendo perfectamente que está intentando corromper al funcionario o servidor público para que le favorezca en sus actos o decisiones funcionales. La finalidad puede ser para que actúe, realice u omita o prescinda de un acto oficial al que está obligado en violación de los deberes del cargo o función, o con la finalidad de que realice u omita actos propios de su cargo o empleo sin faltar a su obligación funcional. Todo bajo los efectos corruptores del donativo, promesa, ventaja o beneficio.

Solo es posible el dolo directo, no es posible que alguna conducta de cohecho activo genérico se materialice con dolo eventual. El agente desde el primer momento sabe y conoce que ofrece, entrega o promete donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio al sujeto público con la finalidad de que este le favorezca al desarrollar sus obligaciones oficiales.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Tal como ya lo dejamos expresado al desarrollar los comportamientos delictivos del cohecho activo genérico, todos los supuestos

o hipótesis delictivas que tipifica como delito el artículo 397 CP son de mera o simple actividad. Se consuman o perfeccionan en el mismo momento en que el agente, con la finalidad de corromper al sujeto público, directa o indirectamente, le ofrece, entrega o promete donativo, promesa, ventaja o beneficio. Se consuman instantáneamente. Por ejemplo, no se necesita que el sujeto público acepte la propuesta, ni menos que el sujeto público realice el acto que el agente sobornador le solicita, etc.

La jurisprudencia nacional tiene claro este aspecto. En la ejecutoria suprema del 2 de octubre de 2002, la Corte Suprema afirmó que «estamos ante un delito de cohecho activo genérico consumado al verificarse el intento del agente de corromper al sujeto público». En efecto, en la citada ejecutoria se argumenta que «existen suficientes elementos de juicio que acreditan la responsabilidad penal del encausado en la comisión del delito, por cuanto trató de corromper al efectivo policial que lo intervino, lo que se corrobora con las pruebas actuadas en autos» (R. N. N.° 2254-2001-Cusco, SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 521). En esa línea jurisprudencial, tenemos también la ejecutoria suprema del 03 de octubre de 2012 (R. N.N.° 1944-2011-Lima), donde se argumentó que «el delito de cohecho activo genérico es un delito que para su consumación no requiere de la aceptación expresa o tácita del funcionario a quien el agente pretende corromper, pero si de su conocimiento directo del ofrecimiento ilegal».

En esa línea de interpretación, debemos concluir que no es posible que alguno de los supuestos delictivos se quede en el grado de tentativa. Criterio distinto e incongruente sostiene Rojas Vargas (2002, p. 540), quien, luego de afirmar que ambas modalidades —el cohecho activo propio e impropio— son delitos de actividad y peligro que se consuman instantáneamente al producirse el intento de corrupción sobre el funcionario o servidor público, sostiene que la admisión de tentativa estará en función de la naturaleza de los medios de los que se vale el sujeto activo para corromper.

5. PENALIDAD

Si el hecho punible que se imputa al acusado es alguno de los supuestos que tipifica el primer párrafo del artículo 397 CP, la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En el caso que el delito objeto de proceso constituya uno de los supuestos delictivos previstos y sancionados en el segundo párrafo del numeral antes citado del Código Penal, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

§ 27

SOBORNO ACTIVO INTERNACIONAL

1. TIPO PENAL

La iniciativa legislativa para tipificar el delito de soborno internacional activo fue formulada por el Poder Ejecutivo por el Proyecto de Ley N.° 2959/2008-PE, el mismo que ingresó al Congreso de la República el 9 de enero de 2009. Allí se propuso incorporar la tipificación de este delito en el artículo 397-A CP.

En la exposición de motivos de la propuesta legislativa se argumentó con propiedad lo siguiente:

> **La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobadas mediante Resoluciones Legislativas N.° 28357 y 26757, respectivamente, establecen los actos de corrupción internacional cometidos contra funcionarios públicos extranjeros o funcionarios de organismos internacionales públicos. Asimismo, el artículo 19.9.1 (c) del Capítulo 19 (transparencia) del acuerdo de promoción comercial con los EEUU, dispone que las Partes adoptarán medidas legislativas necesarias para imponer sanciones penales a la persona que internacionalmente ofrezca, prometa u otorgue cualquier ventaja pecuniaria indebida o de otra índole, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero, para ese funcionario o para otra persona, con el**

> **fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en la ejecución de funciones oficiales, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de negocios internacionales. No obstante... ello no se ha materializado. En ese sentido y a fin de cumplir con lo establecido en las Convenciones antes mencionadas, así como con lo establecido en el artículo 19.9.1 (c) del APC, resulta necesario introducir una adición al artículo 397 CP, mediante el cual se tipifique el soborno internacional.**

Finalmente, el Proyecto de Ley fue aprobado y se dio la Ley N.° 29316 del 14 enero 2009. La misma que introdujo el artículo 397-A CP y tipificó el delito de soborno activo internacional. Luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, nuevamente fue objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016. Finalmente, por la ley N.° 31501 del 29 de junio de 2022, se volvió a modificar el tipo penal. De modo que actualmente la citada fórmula legislativa tiene el siguiente contenido:

> **El que, teniendo la nacionalidad peruana o la representación de una persona jurídica domiciliada en el Perú, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público extranjero 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 o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años 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.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Aquí se ha tipificado la conducta del tercero interesado que corrompe o trata de corromper al funcionario o servidor público extran-

jero. Por lo tanto, estamos ante un delito de corrupción de carácter genérico, ya que el sujeto activo del delito es indeterminado. Es un delito común. Precisamente sigue siendo un delito común pese a que el legislador sin mayor conocimiento de técnica legislativa, por la Ley N.° 31501 del 29 de junio de 202, ha pretendido darle otro carácter. En efecto, ha precisado que el agente solo puede ser una persona que tenga la nacionalidad peruana o la representación de una persona jurídica domiciliada en el Perú. Se excluye, así, a los extranjeros que no tienen nuestra nacionalidad, quienes perfectamente pueden *ofrecer* directa o indirectamente a un funcionario o servidor público extranjero donativo o promesa con la finalidad de que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

El delito de soborno o cohecho activo genérico internacional o cohecho activo transnacional como lo etiquetaba la Ley N.° 30424 y ahora la Ley N.° 31501 se configura o perfecciona cuando el agente o sujeto activo de nacionalidad peruana o tiene la representación de una persona jurídica domiciliada en el Perú, bajo cualquier modalidad, ofrece, otorga o promete directa o indirectamente a un funcionario o servidor público extranjero donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho sujeto 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 o comerciales internacionales.

La finalidad que busca el agente con su actuar es trascendente para tipificar el delito. Si el objetivo de la entrega u ofrecimiento de la dádiva no tiene relación con el desarrollo de las funciones oficiales del sujeto público extranjero, entonces el delito de cohecho no se configura.

El objetivo explícito o implícito del actuar del agente es obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales.

Todas las hipótesis delictivas tipificadas en el artículo 397-A tienen que estar vinculadas a actos generalmente inherentes a las funciones o servicio propio del funcionario o servidor extranjero que se corrompe. Los casos de prestaciones que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran cohecho internacional. Sin duda, la mayoría de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo en hermenéutica pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el sujeto activo se beneficia o aprovecha del acto funcional o de servicio cometido u omitido por el funcionario o servidor extranjero y este se beneficia con el donativo o ventaja, o mediatamente con la promesa de donativo. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer, se consuma o perfecciona el delito, por lo que no se exige la aceptación del funcionario o servidor público extranjero a quien se pretende sobornar; por tanto, no es necesaria la existencia de pacto o concierto.

2.1. Comportamientos delictivos

El artículo 397-A CP recoge diversas hipótesis delictivas que es necesario identificarlas y luego explicarlas para conocer su naturaleza jurídica.

2.1.1. El agente ofrece al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

Aquí el verbo rector es **ofrecer**. El delito de soborno internacional se configura cuando el agente —tercero ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular, pero de nacionalidad peruana— sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece al funcionario o servidor público extranjero, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor incumpliendo o violentando sus obligaciones. Esta última parte se materializa cuando el sujeto público extranjero que también comete delito realiza un acto que transgrede sus deberes u obligaciones nor-

males 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 funcionario o servidor público internacional.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes funcionales. El delito se configura independientemente de que lo ofrecido u ofertado no se haga realidad, o pese a que el agente realiza la oferta u ofrecimiento, el sujeto público extranjero no lo acepta y más bien denuncia los hechos.

2.1.2. El agente ofrece al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Este supuesto delictivo se perfecciona o configura cuando el agente sugiere, oferta, propone, manifiesta, plantea u ofrece donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, al funcionario o servidor público extranjero con la finalidad que este omita o se abstenga de realizar un acto, en violación a sus deberes funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de ofrecer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad que el funcionario o servidor público extranjero omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto, en violación a sus deberes. Basta con acreditar que el agente ofreció donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el sujeto público internacional prescinda, se abstenga, desatienda, incumpla, descuide u omita un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

2.1.3. El agente otorga al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

Aquí el verbo rector es **otorgar,** que significa facilitar, conceder, entregar, transferir, adjudicar o dar una cosa u objeto a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente de nacionalidad peruana o representante de una persona jurídica con domicilio en Perú, de cualquier manera o forma, facilita, concede, entrega, otorga, transfiere, adjudica o simplemente da un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público internacional con la finalidad de que realice un acto, en violación de sus obligaciones. Este último aspecto se materializa cuando el sujeto público extranjero, que también comete delito, realiza un acto que transgrede sus deberes u obligaciones normales previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan y establecen de modo claro sus actos competenciales.

La conducta del agente se perfecciona con el simple hecho de entregar o dar el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con lo entregado realice un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de que pese a recibir lo entregado el sujeto público extranjero no infrinja sus deberes funcionales. Basta con acreditar que el agente dio, entregó o facilitó un donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el fin de que el destinatario del ofrecimiento efectúe un acto, en transgresión de sus deberes funcionales, para consumarse el delito.

2.1.4. El agente entrega al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Aquí la entrega se hace con la finalidad que el sujeto público extranjero omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

La conducta se perfecciona con el simple hecho de entregar por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el funcionario o servidor público omita, prescinda, desatienda, incumpla o descuide un acto, en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente, de si el sujeto público extranjero no acepte lo entregado y más bien denuncie el hecho, o cuando el beneficiado con lo entregado no omita el acto que se le solicita, etc.

2.1.5. El agente promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto, en violación de sus obligaciones

El verbo rector es **prometer**, que significa brindar, afirmar, anunciar, pactar, convenir o proponer algo a otro.

El delito de soborno se configura cuando el agente —tercero, ya sea otro funcionario, otro servidor público o un particular, pero de nacionalidad peruana o representante de una persona jurídica domiciliada en Perú— brinda, afirma, anuncia, propone o promete al funcionario o servidor público, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para que le dé la razón o resuelva el asunto a su favor, con lo que incumple y violenta sus obligaciones. La conducta se perfecciona con el simple hecho de prometer por parte del agente el donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de que el beneficiado con la oferta realice un acto en violación a sus deberes. El delito se configura independientemente de que lo prometido o pactado no se haga realidad o, pese a que el agente realiza la promesa, pero el sujeto público extranjero no la acepta y más bien lo denuncia.

2.1.6. El agente promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para omitir un acto, en violación de sus obligaciones

Igual que la hipótesis anterior, el comportamiento delictivo se configura cuando el agente brinda, afirma, anuncia, propone o promete la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a un funcionario o servidor público extranjero con la finalidad de que omita o prescinda la realización de un acto en violación de sus obligaciones funcionales normales.

2.1.7. El agente ofrece, otorga o promete al sujeto público extranjero donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para que realice u omita un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación funcional

En estos supuestos, el tercero interesado ofrece, entrega o promete al sujeto público extranjero una ventaja o cualquier otro beneficio para

que este realice o prescinda de un acto propio de su cargo, sin faltar a sus obligaciones competenciales. La diferencia con los supuestos anteriores es que aquí el sobornado no lesiona ni deja de cumplir sus obligaciones funcionales normales.

2.2. La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

Al introducirse en el Código Penal las conductas en hermenéutica jurídica, el Perú tal como se señala en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que dio origen a la Ley N.° 29316, sigue lo recomendado por las Naciones Unidas, en el artículo 16 de la Convención Contra la Corrupción:

> Cada Estado Parte adoptará 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, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, dé 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 para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

Antes de legislarse al respecto, si se verificaba un acto de corrupción de cohecho activo por parte de un funcionario o servidor público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, el hecho era atípico.

Al formar parte del derecho interno, para efectos del delito de soborno activo 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:

> 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; y 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.

2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente, siempre de nacionalidad peruana o representante de una persona jurídica domiciliada en Perú, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, promesa y cualquier otra ventaja o beneficio.

El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario internacional, es decir, que no es 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 público internacional hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete. 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 sujeto extranjero 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, y utilizar familiares o allegados del sujeto activo.

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 ofrece, entrega o promete el agente al funcionario internacional para quebrantar o no sus deberes funcionales: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, viajes, becas, favores sexuales, etc.

2.4. Finalidad del soborno: obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida

Todas las modalidades delictivas que desarrolla el agente están motivadas o guiadas por la finalidad de obtener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales con la contraparte que vienen a constituir los funcionarios o servidores públicos de otro Estado o funcionarios internacionales públicos. Las modalidades de soborno internacional también tienen por finalidad que se mantenga el negocio internacional que se viene desarrollando con el Estado al cual representan los sobornados. 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.

2.5. Bien jurídico protegido

El *bien jurídico genérico* es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En cambio, el *bien jurídico específico* radica en la protección al ejercicio regular de las funciones públicas internacionales contra los actos de sujetos diversos que intentan corromper a los sujetos públicos extranjeros.

2.6. Sujeto activo

El delito de soborno activo internacional es un delito común, por lo que puede ser perfeccionado por cualquier persona, incluso por quien tiene la condición o cualidad de funcionario o servidor público. En suma, no se exige que el agente tenga alguna calidad o cualidad especial, esto es así aun cuando el legislador sin mayor conocimiento y fundamento indique que el autor debe ser de nacionalidad peruana o representante de una persona jurídica domiciliada en Perú. Aparentemente, se excluye a un ciudadano extranjero que perfectamente puede tener interés en corromper a un sujeto público extranjero por un negocio internacional.

El sujeto activo puede actuar en su calidad de autor directo, autor mediato o coautor. Al tratarse de un delito común, de más está sostener que para identificar quién es autor o partícipe, sirve la teoría del dominio del hecho formulada por Roxin.

Si la persona natural ha actuado a nombre de una persona jurídica domiciliada en el Perú o por cuenta de ella y en beneficio directo o indirecto, se aplicará la Ley N.° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

2.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de cohecho activo internacional es el Estado al ser el único titular del bien jurídico tutelado tanto a nivel genérico como específico.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la redacción del contenido del tipo penal, se concluye que todas las modalidades o hipótesis delictivas que recoge el artículo 397-A CP son de comisión netamente dolosa; no cabe la comisión por culpa del agente.

El dolo supone que el agente conoce perfectamente que ofrecer, otorgar o prometer algo a un funcionario servidor público extranjera para que realice u omita un acto de su función está prohibido; no obstante, voluntariamente procede.

Solo es posible el dolo directo; no es posible que alguna conducta de cohecho activo internacional se materialice por medio de dolo eventual.

4. PENALIDAD

El agente o sujeto activo, luego del debido proceso, al ser encontrado responsable penalmente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años 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.

§ 28

COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO

1. TIPO PENAL

Los supuestos punibles que tipifica el artículo 398 CP reciben en conjunto el rótulo genérico de «cohecho activo específico», ya que el destinatario del actuar del agente no es solamente una persona, que tiene la condición de funcionario o servidor público, sino que, además, se exige que este reúna la calidad o cualidad indicada en el propio tipo penal (magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete). Tiene su antecedente directo y más inmediato en el artículo 352 CP derogado de 1924.

El texto original del tipo penal 398 ha sido objeto hasta de tres modificaciones. La primera se produjo el 5 de enero de 1996 por medio de la Ley N.° 26572. Luego, el 26 de mayo de 1996, el legislador volvió a modificar su contenido. El artículo 1 de la Ley N.° 28355, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de octubre de 2004, volvió a modificar la fórmula legislativa del artículo 398, con lo que amplió su contenido. Finalmente, tras la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, nuevamente ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016. De modo que el tipo penal actualmente tiene el siguiente contenido:

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.

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, 3 y 4 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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 ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De la lectura del tipo penal, se evidencia que se trata de una agravante de los supuestos previstos en el artículo 397 CP, pues el agente es merecedor de mayor pena si su conducta está destinada a buscar que el sujeto público especial decida a su favor o de acuerdo con un interés determinado a un pleito pendiente sometido a su conocimiento o competencia.

De igual modo, se advierte que tiene características similares a los supuestos delictivos tipificados en el artículo 395; sin embargo, como sostiene Rojas Vargas (2002, p. 518), de modo alguno se puede señalar indiscriminadamente que constituya la versión activa del cohecho pasivo, pues hay marcadas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos. En efecto, si bien se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos públicos

especiales, y se emplean los mismos medios corruptores, el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad, e igualmente diferente es el componente finalístico y la penalidad.

No obstante, a fin de no repetir conceptos en forma innecesaria remitimos al lector acucioso a lo ya explicado líneas atrás al efectuar hermenéutica jurídica de aquellos tipos penales.

2.1. Cohecho activo de sujetos especiales

El primer párrafo del artículo 398 tipifica las conductas que podemos etiquetar como «cohecho activo de sujetos especiales» para diferenciarlas del «cohecho activo de auxiliares» que tipifica el segundo párrafo.

El cohecho activo de sujetos especiales se configura cuando el agente —particular u otro funcionario o servidor público—, con la evidente finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo o análogo, le ofrece, entrega o promete donativo, ventaja o beneficio por cualquier modalidad o forma. Todas las hipótesis delictivas que en conjunto se rotulan como cohecho activo específico deben estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia, propios del destinatario de la conducta corruptora. Los casos de prestaciones de alguna ventaja que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran el cohecho activo especial que analizamos. Alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo específico, por la calidad del destinatario de la conducta corrupta, puede implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con la obtención del provecho, al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares, y el otro con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del primero. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos, como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito, por lo que no se exige la aceptación del sujeto público especial, además de que no es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito.

Influir es poseer la capacidad especial de motivar a otro en un determinado sentido, o generar un estado de motivación en la voluntad o en los actos de alguien para lograr los resultados deseados. La influencia es una forma de poder hacer que otro adecúe sus actos a las expectativas de uno. En su grado más elevado, es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la nuestra (ROJAS VARGAS, 2002, p. 521).

Cuando el tipo penal se refiere a que el agente con sus comportamientos corruptos busca influir en la decisión del sujeto público especial, se entiende que pueden presentarse múltiples hipótesis punibles: primero, el agente puede buscar que el sujeto público decida el asunto a su favor contrariando al derecho; segundo, el agente busca que el sujeto público decida el asunto a su favor conforme a derecho; tercero, el agente busca que el sujeto público especial realice un acto procesal con prontitud, incluso antes del plazo legal; cuarto, el agente busca que el sujeto público especial realice un acto procesal mucho después del plazo fijado por la ley; quinto, el agente sobornador sin ser parte en un procedimiento busca que el sujeto público decida el asunto en perjuicio de una de las partes; sexto; el agente busca que el sujeto público específico no realice u omita un acto procesal que se establece en el procedimiento de que se trate, entre otras.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre un caso real consumado por un juez corrupto de la década del fujimorato. Este se dejaba corromper, y a su vez corrompía a otros jueces honestos. En efecto, en la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003 —caso Rodríguez Medrano— se argumenta:

> Cuando se aborda el delito de corrupción de funcionarios, hay que advertir que se trata de un tipo penal abierto, puesto que no solo se configura cuando se hace un donativo o promesa, sino también cuando se ofrece 'cualquier otra ventaja', lo cual implica que la ventaja no solo puede ser económica, sino de otra índole, inclusive en una promesa futura; en el caso en concreto, si bien es cierto no es tangible el donativo o la promesa propiamente dicha, cuando Rodríguez Medrano cita a su despacho a la magistrada Sonia Medina, y se refiere a Enrique Escardó Gallo como «su amigo»,

en la querella interpuesta por este último ante el juzgado que ella venía despachando, se entiende que el resultado de dicho proceso de ninguna manera podría serle desfavorable, caso contrario no tendría razón de ser el hecho de haberle citado personalmente e indicarle el vínculo de amistad con el querellante, quien alega tener el legítimo derecho en dicho litigio; por ende, el fallo favorable para con Escardó Gallo y la obsecuencia para con Rodríguez Medrano, quien era el que decidía las designaciones y cambios de los jueces en el Poder Judicial, le garantizaban a la magistrada Medina Calvo su permanencia en el cargo; ficción jurídica que en doctrina se conoce como la «ventaja velada», la cual constituye una especial forma de la promesa que realiza el sujeto corruptor sobre el modo de influenciar en la decisión de la autoridad que tiene en sus manos el resultado de un proceso; siendo el objeto material del delito el «aseguramiento en el cargo», hecho que ha quedado debidamente corroborado ya que al no haber sometido la juez su voluntad a la de Rodríguez Medrano, se produjo una represalia removiéndolo de su cargo, y cuando se publica este acontecimiento, que evidenciaba el poder autoritario y decisivo que ejercía el procesado sobre los magistrados del Poder Judicial que no se adherían al sistema, es que se decide restituirla en el mismo cargo. (fd. séptimo, R. N. N.° 10-V-01-Lima)

2.2. Cohecho activo de auxiliares

El cohecho activo de auxiliares se configura cuando el agente —particular u otro funcionario o servidor público—, con la evidente finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia del secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo, le ofrece, entrega o promete donativo, ventaja o beneficio por cualquier modalidad o forma.

Aquí, a diferencia del artículo 396 que regula el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, el legislador ha incluido en esa misma línea al testigo, traductor o intérprete o análogo (menos el perito que aparece ya señalado en el primer párrafo). La persona que tiene cualquiera de estas calidades en un proceso judicial o administrativo tiene un ámbito de competencia estricto y de menor relevancia

para la configuración de la decisión final, pero sus aportes inciden en la formación de este. De esto sabe el agente corruptor y busca que estos sujetos especiales tengan una determinada actuación en el proceso. En los estrados judiciales y fiscales, se sabe a diario cómo los corruptos buscan a estos sujetos especiales para determinar su actuación en un proceso judicial o administrativo y, de esa forma, asegurar un resultado de acuerdo con sus intereses.

La fuerza probatoria de una pericia de grafotecnia en el delito de falsificación de documentos o de una pericia balística de absorción atómica para vincular el disparo de un arma de fuego con el investigado en un hecho de sangre; las conclusiones de una pericia psiquiátrica para definir una interdicción civil o el grado de imputabilidad penal; la incidencia de una traducción; las explicaciones del intérprete; el reconocimiento médico legal, o los dichos del testigo presencial o de excepción del hecho investigado son todos aportes decisivos para la formación de la decisión final y, por lo tanto, se subsumen en el tipo penal como objetos susceptibles de efectos deseados por el agente corruptor (ROJAS VARGAS, 2002, p. 525).

2.3. Cohecho activo de abogado

El tercer párrafo del artículo 398 CP tipifica la conducta delictiva que se configura cuando el agente de los comportamientos de cohecho activo de sujetos especiales como del cohecho activo de auxiliares, es una persona que tiene la condición o título de abogado o sin ser abogado forma parte de un estudio de abogados que lógicamente patrocina o tiene un asunto pendiente de decisión ante un sujeto público especial que se especifica en el primer y segundo párrafos del tipo penal en hermenéutica jurídica.

Estos supuestos delictivos tienen la misma estructura y, por lo tanto, merecen la misma pena privativa de libertad de los supuestos tipificados en el primer párrafo. La diferencia —y quizá la razón de tipificarlo de forma independiente— es la inhabilitación específica y la sanción de días-multa que se señala en el tercer párrafo del tipo penal en análisis. En efecto, si el agente tiene la condición de abogado o miem-

bro de un estudio jurídico, aparte de la pena privativa de libertad se le sancionará con inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

En un precedente judicial lamentable, se constituye la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2004. Aquí, se absolvió a un abogado que pretendió corromper a un representante del Ministerio Público que afirmaba que el hecho de dejar 200 soles en el escritorio de la fiscal no constituye delito de corrupción de funcionarios. Más aquí hay un explícito supuesto de ofrecer donativo a la fiscal con la finalidad velada de que se pronuncie de acuerdo con sus intereses. El abogado corrupto al ofrecer los S/200 soles que dejó en el escritorio de la magistrada en sobre cerrado buscó que aquella le favorezca en la calificación de la denuncia que se encontraba pendiente en el despacho fiscal. Este es un típico caso que calza en forma perfecta en el contenido del primer párrafo del artículo 398 CP. Como ya explicamos, algunas de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo específico por la calidad del destinatario de la conducta corrupta pueden implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con la obtención del provecho al resolverse el asunto a su favor o según sus intereses particulares y el otro con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del primero. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito; no se exige la aceptación del sujeto público especial, pues este como ocurrió en el caso objeto de la equivocada ejecutoria suprema no puede aceptar y denunciar el comportamiento corrupto. No es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito, como se alega en forma errónea en el precedente jurisdiccional.

Pero pasemos a reproducir los argumentos del citado precedente judicial que para fines académicos sirve de sobremanera. El lector debe tomarlo como un ejemplo típico del delito que venimos analizando. A la vez, la decisión final debe tomarla como un error que a veces, lamentablemente, cometen nuestros vocales supremos. Así, en la ejecutoria suprema del 14 de junio de 2004 se argumentó:

> El delito de cohecho activo de abogado sobre el fiscal ... exige, entre otros supuestos, que el abogado haga un donativo a un fiscal con la finalidad buscada de poder encausar la decisión o fallo de un proceso; que este delito, a diferencia del cohecho activo, por ser de concurrencia necesaria presupone la convergencia ineludible del fiscal, esto importa que el abogado haya acordado con el fiscal la compraventa de la función pública y precisamente, por ello, hace la entrega o la promesa; que, por consiguiente la presencia del acuerdo o pacto es propia de este tipo penal. Que en el caso de autos, no medió pacto o acuerdo previo con la fiscal adjunta, quien precisamente al notar un sobre en su escritorio, abrirlo y advertir que contenía cuatro billetes de 50 soles, levantó el acta correspondiente y puso el hecho en conocimiento de la fiscal provincial; que el imputado no conversó con ella para que decida en un sentido determinado la denuncia que se encontraba pendiente de calificar ni en momento alguno se pactó la entrega de dinero, consecuentemente, el hecho objeto del proceso penal no constituye el delito mención. (R. N. N.° 3778-2003-Lima, PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1474)

2.4. Bien jurídico protegido

En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003, se precisa con propiedad lo siguiente:

> El bien jurídico tutelado ... consiste en el correcto desenvolvimiento de la administración pública, de una manera externa, en tanto y en cuanto lo que se pretende con ello es evitar la influencia de factores extraños en la determinación de los operadores de justicia del Estado, al igual que la independencia, imparcialidad y honestidad a que tiene derecho todo magistrado. (R. N. N.° 10-V-01-Lima, PÉREZ ARROYO, 2006, p. 1485)

También todo sujeto público especial que indica en forma expresa el tipo penal en análisis: fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo, un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete u otro análogo a los anteriores.

2.5. Sujeto activo

Tanto el primer como el segundo párrafo del artículo 398 CP tipifican supuestos o comportamientos delictivos comunes, es decir, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito. No se exige que aquel tenga alguna condición o cualidad especial. Y como ya se mencionó, para efectos de la autoría y participación se sigue la teoría de dominio del hecho planteada en 1963 por el profesor Roxín.

En cambio, el tercer párrafo sí tipifica supuestos punibles especiales, pues se exige que el agente tenga la condición especial de abogado o que pertenezca a un estudio jurídico. Si el agente no tiene estas cualidades, los supuestos típicos agravados no se configuran. La conducta se tipificará solo en el primer párrafo.

2.6. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo siempre será el Estado, único titular del bien jurídico protegido.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

Todos los supuestos punibles tipificados en el artículo 398 son de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia.

La clase de dolo que se exige es el dolo directo; de la construcción de la fórmula legislativa se evidencia que no es posible la comisión por un simple dolo eventual. El agente al ofrecer, entregar o prometer de modo voluntario una dádiva o beneficio al sujeto público especial, sabe desde el inicio que está corrompiendo o sobornando con un fin determinado.

4. PENALIDAD

Si el acusado es imputado por cualquiera de los supuestos tipificados en el primer párrafo del artículo 398 CP, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En el caso que el hecho punible sea el previsto y sancionado en el segundo párrafo, el agente será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente del hecho punible tiene la condición de abogado o forma parte de un estudio de abogados, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de ocho años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

§ 29

COHECHO ACTIVO EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN POLICIAL

En nuestro sistema jurídico penal, no encontramos fuente legislativa del delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial. Es recién con el Decreto Legislativo N.° 1351, publicado en el diario oficial *el peruano,* el 07 de enero de 2017, que se incorporó el artículo 398-A que regula este delito en nuestro catálogo penal. Asimismo, se incorporó el artículo 398-B que regula y prevé la inhabilitación definitiva para portar y obtener autorización para conducir vehículos al autor del delito de cohecho activo que corrompe a un efectivo policial que se encuentre en el ejercicio de sus funciones policiales de tránsito o seguridad vial.

1. TIPO PENAL

El delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial, regulado en el artículo 398-A CP, tiene el siguiente contenido:

> **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 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.

2. HERMENÉUTICA JURÍDICA

De la lectura del tipo penal, se advierte que, al igual que el tipo penal 398, se trata de una agravante de los supuestos previstos en el artículo 397 CP, pues el sujeto central es merecedor de mayor pena si su conducta está destinada a buscar que el sujeto público especial, en este caso, efectivo de la PNP decida a su favor o de acuerdo con un interés determinado en asunto que aquel debe resolver.

De igual modo se advierte que tiene características similares a los supuestos delictivos tipificados en los artículos 395, 395-A y 395-B; sin embargo, hay ciertas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos que se debe tener en cuenta. En efecto, si bien se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos públicos especiales (efectivos de la PNP), y se emplean los mismos medios corruptores, el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad.

No obstante, a fin de no repetir conceptos en forma innecesaria, remitimos al lector acucioso a lo ya explicado *ut supra* al efectuar hermenéutica jurídica de aquellos tipos penales.

Aquí solo es necesario mencionar que el primer párrafo del artículo 398-A tipifica las conductas que podemos etiquetarlas como «cohecho activo propio e impropio de efectivos policiales» para diferenciarlas de los demás supuestos de cohecho activo de otros sujetos especiales.

El *cohecho activo propio de efectivos policiales* se configura o verifica cuando el agente —particular u otro funcionario o servidor público—, con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia de un miembro PNP, le ofrece, da o promete

un donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial.

En tanto que el *cohecho activo impropio de efectivos policiales* se configura o verifica cuando el agente —particular u otro funcionario o servidor público—, con la finalidad de influir en la decisión de un asunto sometido al conocimiento o competencia de un miembro PNP, le ofrece, da o promete un donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos sin faltar o violentar sus obligaciones derivadas de la función policial.

Todas las hipótesis delictivas que en conjunto se rotulan como «cohecho activo de efectivos policiales» deben estar vinculadas a asuntos sometidos a conocimiento o competencia propios del destinatario de la conducta corruptora. Los casos de prestaciones de alguna ventaja que no ingresan al ámbito de su competencia no configuran el cohecho activo especial en análisis. Alguna de las conductas punibles que configuran en conjunto el cohecho activo de un miembro de la PNP, por la calidad del destinatario de la conducta corrupta, puede implicar un recíproco intercambio de prestaciones donde el agente del ilegal comportamiento se beneficia con la obtención del provecho, al resolverse el asunto a su favor o de acuerdo con sus intereses particulares, y el otro con el donativo o ventaja y mediatamente con la promesa que logra del primero. Pero esta bilateralidad no concurre en todos los casos como ocurre, por ejemplo, con la modalidad típica de ofrecer. Aquí, con el simple hecho de ofrecer se consuma o perfecciona el delito, por lo que no se exige la aceptación del efectivo de la PNP, además de que no es necesaria la existencia de pacto o concierto para consumarse el delito.

Cuando el tipo penal refiere que el agente con su comportamiento corrupto busca influir en la decisión del efectivo policial, se entiende que pueden presentarse múltiples hipótesis punibles: primero, el agente puede buscar que el sujeto policial decida el asunto a su favor contrariando, por ejemplo, las reglas de tránsito; segundo, el agente busca que el efectivo policial decida el asunto a su favor conforme a lo que corresponde; tercero, el agente busca que el efectivo policial

realice un acto con prontitud, incluso antes del plazo establecido en los reglamentos policiales; cuarto, el agente busca que el efectivo policial realice un acto mucho después del plazo fijado por la ley; quinto, el agente sobornador sin ser parte en un procedimiento busca que el efectivo policial decida el asunto en perjuicio de una de las partes; sexto; el agente busca que el efectivo policial no realice u omita un acto que se establece en el reglamento de que se trate, entre otras.

Debe quedar claro también que la conducta no solo se limita al ámbito de tránsito o seguridad vial —como podría pensarse y como, al parecer, fue la intención del legislador—, pues, como está redactado el tipo penal, debemos concluir que abarca muchos ámbitos de acción de los miembros de la PNP. En efecto, en este delito se tipificará, por ejemplo, la conducta de aquel cuyo familiar está siendo objeto de una investigación policial y corrompe o trata de corromper al efectivo policial a cargo de la investigación para que lo excluya de la investigación. También se tipificará la conducta de aquel ciudadano que corrompe a un miembro PNP que lo custodia para que lo deje en libertad, o también de aquel ciudadano víctima de un delito que entrega un donativo a un efectivo policial para que este realice un acto propio de su función policial, como el hecho de llevar o derivar de inmediato a la fiscalía los resultados de la investigación efectuada, todo ello sin faltar a las obligaciones del policía que se derivan de su función normal, etc.

El autor o personaje central de la conducta puede ser cualquiera. El tipo penal no exige alguna condición o cualidad especial. De ahí que, para efectos de la autoría y participación de este tipo de conductas delictivas, para saber quién responde como autor y quién como cómplice, se puede hacer uso de la teoría del dominio del hecho. En consecuencia, podemos hablar de autor directo, coautores, complicidad primaria, complicidad secundaria, etc.

Ambas modalidades delictivas, esto es, el cohecho activo propio e impropio de efectivos policiales, son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa del personaje central de la conducta delictiva. No es posible actos de corrupción por negligencia. Son delitos de mera actividad, y por tanto, son delitos de consumación inmediata.

3. PENALIDAD

Una vez que el autor del delito en comentario es encontrado responsable penalmente luego del debido proceso penal, podrá ser sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, siempre que se trata del primer supuesto.

En caso de haber sido acusado por el segundo párrafo del artículo 389-A CP, el autor será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

En ambos supuestos, el juez penal, en estricta aplicación del artículo 398-B CP, y en la misma sentencia impondrá al condenado la 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.

§ 30

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE CARGO

La fuente directa del hecho punible denominado «negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo» lo constituye el artículo 345 CP derogado de 1924 y el artículo 201 CP de 1863. Estos textos punitivos tienen idéntica redacción y solo se diferencian en la extensión de la pena.

Se trata de una figura de incompatibilidad de cierta generalidad al no especificarse la naturaleza del contrato u operación económica en la que interviene el agente público debido al cargo que desempeña al interior de la administración. Como se apreciará del análisis, tiene similitudes con el delito de colusión regulado en el artículo 384 CP, con la diferencia de que en la negociación incompatible no se requiere la concertación con un tercero interesado ni la existencia de perjuicio o posible perjuicio patrimonial para configurarse el delito (Rojas Vargas, 2002, p. 584).

Asimismo, en doctrina, este hecho punible es conocido como «gestión desleal», «infidelidad de funcionario», «aprovechamiento indebido del cargo», o «interés particular en acto de oficio» (Castillo Alva, citando a Luzón Peña y Manzini, 2008, p. 565).

El delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo en el texto original CP se encontraba regulado en el artículo 397; sin embargo, con la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004, que modificó el texto punitivo, se le reubicó en el artículo 399, con lo que se incrementó la penalidad para esta conducta de corrupción.

1. TIPO PENAL

Luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, la fórmula legislativa[17] del tipo penal 399 tiene el siguiente contenido:

> **El funcionario o servidor público que indebidamente 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, 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 CP y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.**

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El delito de negociación incompatible se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros (Salinas Siccha, 2015, pp. 240-257).

Así, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la ejecutoria de fecha 19 de octubre de 2010 (R. N. N.° 4096-2009-Junín), precisó que en este tipo de delito el funcionario o servidor debe ser parte estatal y, en tal mérito, actuar e interesarse en los contratos u operaciones

(17) En el incomprensible e inexplicable proyecto de Código Penal de 2015, se repite la misma fórmula legislativa en el artículo 585.

que celebre u ordene el Estado. Sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha ingerencia con su rol funcional. Más aún, actúa en contra de los intereses del Estado para quien trabaja y a quien representa en las operaciones contractuales.

La sentencia casatoria del 30 de enero de 2018 (Casación N.° 799-2017-Callao, Sala Penal Permanente) da cuenta de un caso judicial en el cual se dieron por acreditados los hechos tipificados como negociación incompatible, así como la responsabilidad penal del procesado y, por tanto, fue condenado por el citado delito:

> El imputado Carlín López en su condición de Gerente de Operaciones de Aeropuertos de CORPAC se interesó indebidamente, de manera directa y en provecho de tercero, en la ejecución del contrato número NGL cero noventa y cinco punto dos mil diez punto P punto S, del trece de enero de dos mil once, sede Tacna, celebrado por CORPAC y el consorcio Word Segurity Services y otros, representado por Emilio Huamán Yepes; y, en consecuencia, emitió un conjunto de directivos que favorecieron indebidamente al consorcio contratista y, de ese modo, no se aplicó a dicho consorcio la penalidad respectiva ante su incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos de la referencia del aludido contrato.

Pese a que el sentenciado interpuso casación, la Suprema Corte declaró infundado dicho recurso extraordinario.

En la estructura del tipo penal intervienen diversos elementos de la tipicidad objetiva que es necesario explicar por separado para su real comprensión.

2.1. Interesar

El verbo rector del tipo penal es el término **interesar**, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular

se compromete, le importa, se inclina sospechosamente 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[18]. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. Ello puede suceder en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación, y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas (Rojas Vargas, 2002, p. 587; Castillo Alva, 2015, p. 41).

En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la corte Suprema, en la ejecutoria del 13 de febrero de 2013:

> 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. (R. N. N.° 253-2012-Piura)

El argentino Creus (1990, p. 309) enseñaba al respecto que interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que el negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros.

El interesarse no siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, igualmente la conducta será típica y punible. En el mismo sentido, Castillo Alva (2015, p. 49). Desde una posición contraria,

(18) Este aspecto no es tomado en cuenta por Abanto Vásquez, toda vez que la segunda edición de su libro es del año 2003, tiempo en el cual aún no se había producido la modificación del contenido del hecho punible de negociación incompatible que se realizó en octubre de 2004.

Abanto Vásquez (2003, p. 513) sostiene que el interesarse siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, habrá coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta.

Aquí no es punible la conducta porque se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico normal y el recto funcionamiento de la administración pública. Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la administración, con el fin de sacar provecho económico para sí o terceros, la conducta es típica siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio favorecida.

El interesarse indebidamente debe entenderse de la siguiente manera:

> [D]esdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública; por lo tanto es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido. (Ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007, R. N. N.° 373-2007-Lima)

Asimismo, según la ejecutoria suprema, 19 de octubre 2010:

> Que en este tipo de delitos el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función de las prerrogativas de su cargo o empleo en la administración pública; que el acto de intervenir inicial es legítimo, luego el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del agente activo; que en buena cuenta se puede afirmar que 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, tornándose así incompatible dicha ingerencia con su rol funcional. (R. N. N.° 4096-2009-Junín-Sala Penal Permanente)

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el interés del agente no solo se configuran resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, receptación de una dieta, incluso en una orden del día (Castillo Alva, citando a Luzón Peña, 2015, p. 47).

El interés particular que expresa el agente del delito puede materializarse en la realidad, hasta de tres formas.

2.2. Interesarse de manera directa

Este elemento de la tipicidad objetiva significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tienen vínculos amicales, familiares o económicos con aquel. En otros términos, significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación (Rojas Vargas, 2002, p. 589; Castillo Alva, 2008, p. 592).

El interesarse implica que el agente público está al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato u operación y funcionario que interviene en él por razón de su cargo. El agente en este delito es lo que se conoce comúnmente como «juez y parte». Al actuar de ese modo, el sujeto público obvia los principios de imparcialidad y

transparencia. El sujeto se parcializa en su propio beneficio y, en ese sentido, ya no es transparente en su actuación, sino que su actuación se vuelve oscura con la finalidad de no ponerse en evidencia.

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa, no es posible la comisión por omisión, o simplemente por un dejar de hacer o dejar pasar pese a que el funcionario tiene una posición de garante o la obligación de intervenir en el proceso de contratación (Castillo Alva, 2015, p. 47). Si se verifica algún acto de omisión parecido a los indicados, los hechos se subsumirán en otro tipo penal, como, por ejemplo, omisión de actos funcionales.

2.3. Interesarse de manera indirecta

En esta modalidad, el agente, siempre funcionario o servidor público, no actúa directamente sobre los funcionarios responsables de la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios, que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos, para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros. El sujeto activo sugestiona o influye en otro funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones por medio de otra persona, que bien puede ser un particular u otro funcionario.

Los intermediarios no pueden ser autores, pues siempre actúan como cooperadores o cómplices y, según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato (Rojas Vargas, 2002, p. 589; Abanto Vásquez, 2003, p. 509).

En parecidos términos, Castillo Alva (2008, p. 593) enseña que esta modalidad se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares. No interesa si son funcionarios públicos o particulares. 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.

El disvalor de la conducta es evidente, puesto que el sujeto público se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona. Incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta, es posible afirmar que esta última forma de acción es más reprochable penalmente, en la medida que interviene una pluralidad de agentes, con lo que se demuestra una actuación coordinada y, además, la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no comprometerse y, de esa forma, obtener la impunidad (Castillo Alva, 2015, p. 66).

2.4. Interesarse mediante actos simulados

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo ante los funcionarios responsables de la celebración de contratos u operaciones muestra un interés especial que aparenta defender los intereses del Estado, cuando lo cierto es que defiende sus propios intereses. Aparentemente, actúa defendiendo los intereses de la administración pública, cuando en realidad defiende sus propios intereses particulares o personales. Por esta modalidad, el agente se interesa en la negociación de los contratos con empresas que simulan tener titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes (Rojas Vargas, 2002, p. 589).

En realidad, el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse (Abanto Vásquez, 2003, p. 513), pues aquí se quiere aparentar que es otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación; por ejemplo, la inclusión en la negociación de una empresa inexistente.

De esa forma es meridianamente claro que la ley no castiga en esta modalidad típica la simulación *in personam*, sino más bien la simulación *in actum*. No se castiga a quien actúa mediante persona interpuesta o disimulada (Castillo Alva, 2008, p. 594, citando a los argentinos Ricardo Núñez y Laje Anaya).

Hay simulación cuando el funcionario, para favorecer a una empresa en la cual se entiende tiene interés particular directo, en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y, así, cumplir con las bases establecidas (Castillo Alva, 2008, p. 595).

El derecho vivo y actuando de la Corte Suprema por ejecutoria del 11 de agosto de 2012 sostiene por interés simulado el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas, cuando realmente son de propiedad del agente público o están vinculadas a este. Dicho de otra manera, se aparente un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública, cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares (R. N. N.° 2641-2011-Lambayeque). En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 12 de septiembre de 2012 argumenta que se considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de interese de la administración pública cuando en realidad son intereses particulares o personales (R. N. N.° 2770-2011-Piura).

La diferencia con la colusión es el acuerdo. En la negociación incompatible, el agente no se pone de acuerdo con nadie, actúa solo. En cambio, aparece la colusión cuando el funcionario responsable de los contratos y otras operaciones económicas se colude, es decir, se pone de acuerdo con otro para defraudar al Estado.

2.5. Provecho propio o de tercero

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo obtener un provecho o, mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público o en 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.

No le falta razón a Castillo Alva (2015, p. 49) cuando menciona que el móvil o la motivación o el impulso que guía el actuar del sujeto público, al interesarse en un acto público en el cual participa debido a su cargo, puede ser variado. Es posible que se trate de una motivación afectiva (ayudar al hijo, a la esposa, a la amante, al sobrino), amical, ambición personal de compadrazgo, etc.

2.6. Cualquier contrato u operación como objeto del hecho punible

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés por parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones, no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

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. No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter de este (Castillo Alva, 2008, p. 589). En esa línea, se entiende por contrato a todo acto jurídico destinado a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales o jurídicas particulares en las cuales el sujeto público «agente» tiene algún interés económico.

Los contratos en los que es parte el Estado son variados, y se refieren a negociaciones lícitas de contenido múltiple: de suministro de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.

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,

embargos de bienes, expropiaciones, etc. El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses infuncionales (Rojas Vargas, 2002, p. 590; Abanto Vásquez, 2003, p. 515; Castillo Alva, 2008, p. 590.

En suma, cualquier contrato u operación, según la ejecutoria suprema del 4 de julio 2007:

> 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, debe entenderse como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; que, dentro de ese contexto, se advierte que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos de naturaleza bilateral o unilateral, en los que existe la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración. (R. N. N.° 373-2007-Lima).

2.7. Relación funcional

En la sentencia casatoria del 16 de agosto de 2021, la Sala penal permanente de la Corte Suprema precisa:

> [Q]ue el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber y, como tal, resulta imprescindible que el funcionario público tenga el deber de proteger los intereses estatales en un contrato u operación estatal, en una contratación pública en la cual intervenga en razón de su cargo —el interés protegido es, entonces, el buen funcionamiento de la Administración en relación con los procesos de contratación. (Casación N.° 1833-2019-Lima)

El objeto del delito de negociación incompatible debe estar confiado al sujeto activo debido al cargo que tiene asignado dentro de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo

trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito no se configura así incluso haya evidente perjuicio patrimonial del Estado con el actuar del agente.

En el delito de negociación incompatible es condición *sine qua non* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública (Rojas Vargas, 2002, p. 590). La relación con el objeto del delito puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o realizar las operaciones, o solo puede tener esa facultad por disposición jurídica o disposición funcional. En este último caso, se entiende que otro funcionario o servidor dependiente de aquel, participa de modo directo en el contrato u operación.

La jurisprudencia tiene claro este aspecto. En efecto, en la casación de fecha 16 de agosto de 2021 (casación N.° 1833-2019/Lima) se argumentá que el sujeto público «ha de estar vinculado funcionalmente con el contrato u operación, en el que se interesa indebidamente. Debe tener una competencia para intervenir en razón de su cargo en un contrato u operación, lo que estará determinado por la ley, el reglamento, las directivas o los manuales institucionales, entre otros».

Es obvio que la incompetencia o falta de relación funcional del sujeto público con los contratos u operaciones de modo alguno puede llevar a la conclusión de impunidad de su conducta, toda vez que es factible sea sancionado como cómplice de la conducta realizada por aquel agente que cuente con relación o vinculación funcional (Castillo Alva, 2015, p. 85).

Este elemento objetivo del delito de negociación incompatible permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por los funcionarios o servidores públicos en virtud del cargo que desempeña en la

administración pública. Entendido así, se concluye que el bien jurídico solo será afectado cuando el agente lesione o coloque en peligro el patrimonio del Estado infringiendo o lesionando deberes específicos que tiene para con la celebración de contratos u operaciones en representación del Estado que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

En concreto, como señala Rojas Vargas (2002, p. 586), no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si solo aquel que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo. Esta restricción prevista por el tipo penal excluye a los funcionarios o servidores públicos que solo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciados en los deberes del cargo. En similar sentido, el profesor Abanto Vásquez (2003, p. 508).

Esta es la interpretación que hace la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2001 (R. N. N.° 1054-2001-Lima): «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 exterior con las empresas vinculadas a su persona, por lo que no puede ser sujeto activo del mismo».

En la misma línea de hermenéutica jurídica, la ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2002 (R. N. N.° 4832-2001-Arequipa) en forma pedagógica argumenta:

> 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 prestada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido.

En otros precedentes jurisprudenciales, como la ejecutoria del 13 de febrero de 2013 (R. N. N.° 253-2012-Piura) o la ejecutoria del 22 de julio de 2012 (R. N. N.° 2099-2010), el alto tribunal de justicia ha sostenido lo siguiente:

> 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 de 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.

2.8. Bien jurídico protegido

Es común en la doctrina mayoritaria considerar que el bien jurídico protegido general es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública[19]. La conducta prohibida tiene por finalidad sancionar penalmente a aquel sujeto público que se interesa en un contrato u operación de carácter económico en el cual intervine debido a su cargo. Lo que se busca es que el sujeto público no realice actos que revelen una especial preocupación de favorecer intereses de terceros o favorecer sus intereses particulares en perjuicio de los intereses del Estado. El delito se evidencia cuando el agente público, en lugar de preocuparse por los intereses económicos de la administración pública a la que representa, se interesa por beneficiar a terceros o beneficiarse personalmente. En consecuencia, el normal y recto funcionamiento se

(19) No obstante, aún hay quienes como Castillo Alva (2015, p. 17), no entienden esta posición desde una perspectiva teleológica habida cuenta de que es posible que el interés particular del funcionario sea en ocasiones el más compatible con el desarrollo y normal funcionamiento de la administración pública. Por otro lado, siguen afirmando, que el referido normal funcionamiento de la administración pública más que una fórmula que sirva para orientar y delimitar el contenido de las acciones típicas del tipo penal constituye un planteamiento de escasa ayuda en la interpretación del injusto.

ve seriamente lesionado o puesto en peligro. De modo que este es el bien jurídico general protegido que se pretende cautelar. Corresponde enseguida determinar cuál es el bien jurídico específico que lo diferencia de los demás delitos contra la administración pública.

Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones —desde su preparación, inicio, celebración y ejecución— a favor de la administración pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo será afectado cuando el agente público lesione o ponga en peligro el objeto del delito como es el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados debido al cargo que desempeña dentro de la administración pública. Y estos deberes sin duda se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo.

El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones que interviene por razón de su cargo cuando, en lugar de procurar siempre el beneficio del Estado en los contratos u operaciones similares en las que interviene, procura un beneficio particular, sea propio o para tercero. Así se sostiene en la sentencia casatoria del 5 de mayo de 2016 (Casación N.° 628-2015-Lima-Sala Penal Transitoria). Cuando el sujeto público se parcializa, actúa con una orientación torcida y al margen del interés de la administración a la cual debe ser leal.

De esa forma, se busca evitar que los sujetos públicos, utilizando su posición y cargo, interfieran deslealmente, manipulen o dirijan arbitrariamente los contratos u operaciones económicas de carácter estatal, imponiendo su voluntad, deseo o capricho a favor de terceros o suyo propio por encima de los intereses del Estado (Castillo Alva, 2015, p. 16). Se trata de que el sujeto público no afecte su imparcialidad con tales conductas.

Cabe subrayar que se entiende la imparcialidad como la actitud leal y proba del sujeto público en su participación en los contratos y operaciones económicas del Estado, en los cuales debe dejar de lado intereses pecuniarios ajenos a los del Estado. Si abusando del cargo público que ostenta persigue intereses propios y particulares, se parcializa a favor de terceros o a favor de sus propios intereses. Esa parcialización pone en peligro y puede en ocasiones llegar a perjudicar en forma real el patrimonio del Estado.

En la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 (R. N. N.° 373-2007-Lima-Primera Sala Penal Transitoria) se argumenta que «el bien jurídico específico que es protegido en el delito de negociación incompatible, no puede ser cualquier conducta de interés indebido en un contrato u operación, sino solo aquella que implique el peligro de un perjuicio patrimonial para la administración pública, debido a una supuesta actuación imparcial del funcionario o servidor público».

En parecido sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2010, sostiene que, con el tipo penal de negociación incompatible:

> no se 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, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por tazón de su cargo —principio de taxatividad— que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional. (R. N. N.° 661-2009-Lima)

Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 585) considera que el bien jurídico específico se orienta a otros aspectos. Así pretende enseñar que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía, siendo

inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas. En contra de estos planteamientos, Castillo Alva (2008, p. 566).

Castillo Alva (2015, p. 15), siguiendo a Sancinetti, argumenta que el bien jurídico protegido en el delito en hermenéutica jurídica 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 o representación del Estado. No es de recibo este planteamiento debido que todos los actos delictivos de corrupción de funcionarios son actos no trasparentes para con la administración público. Tal aspecto más tiene que ver con el bien jurídico general que con el bien jurídico específico.

Aquí es necesario dejar precisado que tal como sucede con todos los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido no es el patrimonio del Estado sino deberes y principios que sustentan la organización de la administración pública, así como los principios que le dan funcionalidad. De modo que el patrimonio del Estado se constituye solo en objeto de los delitos. De ahí que se sostenga con propiedad que en el delito de negociación incompatible no se protege directamente el patrimonio estatal, pues el delito se perfecciona al margen de si se acredita una afectación o un perjuicio real o potencial al patrimonio del Estado (Castillo Alva, 2015, p. 21).

2.9. Sujeto activo-autoría

De la lectura del artículo 399 CP, se concluye que estamos ante un delito especialísimo. El sujeto activo puede ser funcionario o servidor público y, en tal condición, debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la administración pública. En consecuencia, como ya se ha expresado, además de exigirse que el agente cuente con

la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito. Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado, el hecho punible en hermenéutica jurídica no se perfecciona.

En esa línea, 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, sino que, además, cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, que posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación. De tal manera, que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley debido al cargo que desempeña al interior de la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 575).

Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, sino también, de acuerdo con el inciso 3 del artículo 425 CP, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación y en favor del Estado.

Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices. Entonces, solo son cómplices o instigadores.

Es obvio que para evidenciar quién es autor o cómplice en un delito funcional no se sigue la teoría de dominio del hecho, sino la teoría de infracción del deber, en la cual la complicidad es única, como ya lo tenemos expuesto en la primera parte de esta obra. No puede hacerse distinciones entre complicidad primaria o secundaria como todavía lo hace el profesor Castillo Alva (2015, p. 119). En estos tiempos

que nos ha tocado vivir, somos testigos de excepción del avance de la dogmática penal, en la cual ha quedado establecido que la diferencia entre complicidad primaria o secundaria, así como la categoría de la coautoría son hijas de la teoría del dominio del hecho. Aquellas categorías son incompatibles con la teoría de la infracción del deber que debe ser utilizada para identificar en forma razonable quién es autor y quién es cómplice en los delitos especiales, como lo son la mayoría de los delitos contra la administración pública donde se encuentra el delito de negociación incompatible.

2.10. Sujeto pasivo

Solo el Estado, que constituye el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El hecho punible de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual lógicamente tiene alguna vinculación.

Es frecuente en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de «interés privado» y, sobre todo, bajo la modalidad de «acto simulado» no son posibles sin quererlos. Es en estos casos donde es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el «interés particular» en su aspecto subjetivo (Abanto Vásquez, 2003, p. 516).

Por su parte, Rojas Vargas (2002, p. 591) enseña que el delito en análisis requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

Incluso la Sala Permanente de la Corte Suprema, en ejecutoria del 12 de septiembre de 2012 (R. N. N.° 2770-2001-Piura), establece que es una exigencia del tipo penal que el agente actúe con dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.

Posición distinta y sin mayor explicación sostiene Castillo Alva (2008, p. 597), porque afirma que la formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo, con dolo eventual, pues nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el derecho italiano no alude especial y expresamente a la intencionalidad del funcionario público, forma subjetiva que excluye el dolo eventual. Aparte de esta consideración general y de definir lo que significa dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, el citado profesor no explica razonablemente como podría darse en la realidad concreta un caso de negociación incompatible por dolo indirecto o dolo eventual. Incluso, no se aventura a dar un ejemplo práctico como si lo hace en otros supuestos (Castillo Alva, 2015, p. 108).

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

De la fórmula legislativa contenida en el artículo 399 CP, se concluye que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo público es un delito de mera actividad o de peligro concreto y, por lo tanto, 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. Así se deja establecido en la sentencia casatoria del 5 de mayo de 2016 (Casación N.° 628-2015-Lima). En efecto, aquí la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, siguiendo a Edgardo Donna, precisa que el delito de negociación incompatible es «un delito de peligro concreto, no de daño o de resultado para la administración pública». El mismo sentido interpretativo aparece en la sentencia casatoria del 16 de agosto de 2021 (Casación N.° 1833-2019-Lima), en la cual la Sala Penal Permanente precisa que «además, no es un delito de daño (no requiere causación

de perjuicio) sino de peligro abstracto —no de peligro concreto como indica el Tribunal Superior— y de mera actividad, de suerte que el comienzo de la ejecución y la consumación se sitúa en el momento en que el autor participa en cualquier nivel de la contratación pública» (citando para tal efecto a Álvarez Dávila, 2020, p. 106).

Lo criticable de este último precedente jurisprudencial es que se afirma que se trata de un delito de peligro abstracto, puesto que, siguiendo al autor citado, «no se requiere de un resultado de lesión o peligro concreto para el patrimonio de la administración pública» (Álvarez Dávila, 2022, p. 511). Posición que no es de recibo, pues en este libro se sostiene que, en los delitos contra la administración pública, de modo alguno, el patrimonio público se constituye en bien jurídico protegido. En tal sentido, hemos precisado que, en el delito de negociación incompatible, el bien jurídico específico son los deberes de lealtad, imparcialidad y probidad de los sujetos públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones a favor de la administración. De modo que al perfeccionar la conducta prohibida el agente está poniendo en peligro concreto a los citados deberes o principios que orientan el trabajo del funcionario o servidor público. El peligro es concreto; de modo alguno es abstracto. Incluso, no sería descabellado sostener que el agente, cuando perfecciona la conducta prohibida, lesioná al bien jurídico específico protegido, como son los deberes de lealtad, imparcialidad y probidad.

El interés debe estar dirigido a obtener un provecho indebido a favor del agente o a favor de terceros que tienen vinculación con aquel. Este aspecto convierte en punible la conducta en análisis. Según el profesor Rojas Vargas (2002), se «trata de un delito de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor» (p. 591).

Para la consumación del delito, en hermenéutica jurídica, 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. De ese modo, es común en la doctrina precisar que para la consumación no se

requiere verificar que la conducta del agente logró causar real perjuicio patrimonial a la administración pública, así mismo no es necesario verificar si el agente obtuvo la ventaja indebida perseguida, toda vez que en muchos supuestos puede existir ventaja patrimonial para el Estado (Rojas Vargas, 2002, p. 591; Abanto Vásquez, 2003, p. 517).

En consonancia con lo expuesto, Castillo Alva (2008):

> Se trata de un delito de peligro y no de un delito de resultado o de daño. Incluso, es posible que la administración haya obtenido un determinado beneficio o el servicio brindado haya cumplido holgadamente sus metas, pero aún así subsiste el delito. No es necesario que haya intereses contrapuestos, reñidos entre sí o que haya un conflicto real o aparente. Basta que los intereses sean incompatibles. (p. 573)

Los supuestos en los cuales la administración estatal ha obtenido mayor ventaja patrimonial con la conducta interesada del agente (en su provecho o de tercero), no tienen relevancia penal, pues igual el delito aparece. Aquí, el aspecto de lograr realmente la ventaja para el agente o causar perjuicio patrimonial al Estado con el actuar de aquel es un aspecto secundario, lo principal es verificar la puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido cual es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado debido al cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones.

Al aceptar que se trata de un delito de mera actividad o de peligro, es imposible que la conducta se quede en grado de tentativa.

Por su parte, Abanto Vásquez (2003, p. 518) enseña que es difícil aceptar la existencia de la tentativa, pues si se trata de actos ejecutivos tendientes a lograr algún beneficio en el contrato u operación que el funcionario dirige a nombre de la administración pública, ya se habría manifestado el «interés privado» y se podría hablar de consumación. Lo mismo sucede con las expresiones verbales que llevarán (dolosamente) a un desarrollo causal favorable para dicho interés privado por lo que la tentativa es improbable, por no decir imposible. En cambio, Rojas

Vargas (2002, p. 592) en forma discutible, y sin explicar el supuesto, señala: «Es posible la tentativa si el acto de interesarse admite fragmentación y un *iter* espaciado».

Posición diferente y contradictoria sostenía Castillo Alva, al enseñar que es posible la tentativa en la medida en que la intervención del funcionario en el acto no puede llegar necesariamente a producirse por razones independientes a la voluntad del agente público. Se considera como un caso de tentativa el supuesto en el que determinada operación requiera cumplir previamente un procedimiento administrativo fijado por la ley, el cual está compuesto por una serie de actos orientados hacia una misma finalidad. Decimos contradictoria porque primero sostenía que se trataba de un delito de peligro y «la consumación del delito se perpetra en el mismo momento y lugar en que el funcionario público ha exteriorizado a través de cualquier acto su interés privado en el contrato u operación, ya sea suyo o de un tercero, al margen si se llega a suscribir o no», para luego afirmar que es posible la tentativa. Lo concreto es que, si afirmamos que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro, es imposible sostener luego que es posible la tentativa. En los delitos de peligro no es posible la tentativa (Castillo Alva, 2008, p. 601).

No obstante, tal posición ya no es sostenida por el profesor Castillo al argumentar en forma razonable y citando nuestro libro que «hoy en día estimamos que en el delito de negociación incompatible no es admisible la tentativa» (Castillo Alva, 2015, p. 141).

5. PENALIDAD

Si el agente es acusado por alguno de los supuestos que tipifica el artículo 399 CP, será sancionado 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.

§ 31

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. TIPO PENAL

El delito de tráfico de influencias[20] o también conocido en la doctrina en su acepción romana como «venta de humo» no estaba regulado en el texto original del Código Penal de 1924. La frase venta de humo insinúa ya el origen romano de esta figura (*venditio fumi*): un amigo del emperador Alejandro Severo vendía secretamente la influencia que él supuestamente tenía (pero que no era cierta) y, tras ser descubierto, fue condenado a muerte por asfixia con humo (ABANTO VÁSQUEZ, citando al italiano Pietro Semeraro, 2014, p. 796).

Es con el Decreto Legislativo N.° 121 del 12 de junio de 1981 que se tipifica por primera vez en nuestra patria. El decreto legislativo incorporó al Código Penal el artículo 353-A y tipificó el delito de tráfico de influencias, el cual no estaba en el proyecto inicial del citado decreto legislativo, sino que fue introducido por quienes redactaron el texto

(20) Denominación oficiosa que como bien afirma Hurtado Pozo (2006, p. 277) si bien no concuerda con todas las formas en que puede materializarse el delito previsto en el artículo 400, también es cierto que por tradición legislativa y jurisprudencial su uso no afecta la interpretación del contenido del tipo penal 400 CP. Por lo demás, en el Derecho penal, parte especial, es difícil encontrar que alguna denominación o etiqueta dé cuenta de todos los supuestos delictivos que determinado artículo del Código Penal tipifica.

definitivo. Por lo tanto, como ocurre hasta ahora, no se discutió académicamente por los entendidos en materia penal las razones sustantivas y de política criminal para tipificarlo. Constituyó una expresión de la idea políticamente dominante de entonces, que apuntaba a reprimir de manera eficaz de los funcionarios que durante el gobierno militar habían cometido delitos contra los intereses del Estado.

El Código Penal de 1991 sí lo tipificó en su artículo 400; no obstante, su contenido inicial ha sido objeto de modificación por el artículo 1 de la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004. Como fuente extranjera de este delito, cabe citar —solo como fuente indirecta— el artículo 147 CP colombiano, pero antes de la dación del Código del 2000, pues en este texto se tipifica en el artículo 411 de modo diferente. Con razón, Hurtado Pozo (2006, p. 276) enseña que es importante individualizarla para utilizar adecuadamente la doctrina extranjera, pues esta como toda elaboración dogmática tiene como base un sistema legal particular. Por lo tanto, si se quiere justificar la atribución de un sentido a una disposición invocando la opinión autorizada de un autor determinado, es necesario constatar si se basa en una disposición idéntica o similar a la disposición en cuestión. Lo mismo debe hacerse respecto a los criterios jurisprudenciales foráneos. Citar a estos solo es pertinente cuando se tiene en cuenta la semejanza o diferencia existente entre la disposición material de dichos criterios y el artículo que se interpreta.

Posteriormente, fue modificado por la episódica y polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. Esta última ley volvió al texto impuesto por la Ley N.° 28355. Finalmente, luego de la modificación efectuada por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, nuevamente ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016. En consecuencia, el contenido del tipo penal 400 CP es el siguiente:

> **El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de**

conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

De inicio debemos precisar que en los diversos modelos normativos penales que ofrece la legislación comparada sobre el delito de tráfico de influencias (España, Italia, Argentina, Colombia, etc.) no se criminaliza la simple influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos (jueces y fiscales), pues tal nivel de irradiación de poder es un dato inherente a toda interacción social y sobre el cual no existe legislación en el contexto del derecho europeo occidental (*civil law*) que lo sancione penalmente. En efecto, la sola existencia de influencia, la capacidad de influencia o de ejercicio de influencias consideradas, en tanto situaciones de hecho desprovistas de los aditamentos de tipicidad exigidos en la norma penal carecen de interés penal. Los diseños político-criminales se han preocupado por enfatizar la venta o compromiso pecuniario de que es objeto tal marco de influencias en posesión de un sujeto indeterminado, haciendo radicar en dicho punto la relevancia penal, sin que sea realmente importante que la influencia vendida haya sido concretada o eficaz (Rojas Vargas, 2002, p. 551).

En consecuencia, la simple influencia que pueda tener una persona sobre un magistrado, por ejemplo, de ninguna manera es conducta penalmente relevante. Hay conducta típica cuando esa influencia es ejercida a cambio de una ventaja patrimonial o de otra índole. Pero, como veremos luego, no es necesario que realmente la influencia invocada se concretice. La conducta se consuma en el momento en que el agente que invoca tener influencias reales o simuladas solicita una ventaja con el ofrecimiento de usar esas influencias y como respuesta

recibe una aceptación. Es un delito de encuentro. No se consuma con el solo invocar la influencia a cambio de algo, sino es necesario que como contrapartida exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada.

Asimismo, tampoco hay indicio del delito de tráfico de influencias cuando el agente solo se limita a alardear de poseer influencias ante la autoridad judicial o administrativa sin lucrar o intentar lucrar con ello. Es el título lucrativo lo que diferencia a las conductas punibles de las impunes, no que esas influencias sean reales o simuladas, porque las circunstancia de exigir o aceptar una dádiva o promesa para influir da mayor credibilidad al hecho de que realmente se poseen esas influencias y de que se piensan ejercer, lesionando con el ello el bien jurídico específico protegido como es el prestigio y buen nombre de la administración pública (Muñoz Lorente, 2016, p. 79).

2. TIPICIDAD OBJETIVA

De acuerdo con la ejecutoria suprema del 7 de mayo de 2003:

> El comportamiento típico del delito está dado por el núcleo rector principal «invocar con el ofrecimiento de interceder», los verbos rectores complementarios «recibir», «hacer dar» o «hacer prometer»; los medios corruptores por los sustantivos «donativo», «promesa» o «cualquier otra ventaja» y el elemento finalístico «con el ofrecimiento de»; que contrastando ello los medios de prueba incorporados al proceso, se concluye que está debidamente probado que el procesado ofreció interceder ante la Sala Penal donde se ventilaba el incidente y a cambio de ello recibió el dinero que previamente había sido acondicionado por los funcionarios de la entidad de control y que le fuera encontrado en uno de los bolsillos de su pantalón al momento de ser intervenido; que dicha suma de dinero fue recibida voluntariamente por el procesado, quien incluso entregó al denunciante el vuelto de diez soles; que si bien el proceso afirma que era para los gastos de un almuerzo que el denunciante le había propuesto invitarle, ello no le quita el carácter de donativo o ventaja. (Exp. N.° 1981-2002-Lima, Salazar Sánchez, 2004, p. 526).

De ese modo, el hecho punible de tráfico de influencias se verifica o aparece cuando el agente (ya sea funcionario, servidor público o particular) invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercero interesado, interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero.

Del concepto ensayado se deduce que el hecho punible en análisis puede presentarse en diversas modalidades:

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero donativo 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.

— El sujeto activo, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero donativo con la oferta u ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, recibe para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias reales, hace dar para sí o para un tercero 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.

— El sujeto activo o agente, invocando o teniendo influencias reales, hace prometer para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero donativo 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero, promesa 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, recibe para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace dar para sí o para un tercero 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.

— El agente, invocando o teniendo influencias simuladas, hace prometer para sí o para un tercero 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. (SALINAS SICCHA, 2008, pp. 173-190)

En todas estas modalidades intervienen los siguientes elementos objetivos.

2.1. Invocar o tener influencias reales o simuladas

El primer elemento objetivo que el operador jurídico debe verificar es si el sujeto activo ante un tercero interesado ha invocado, citado, alegado o aducido tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos que el tercero interesado eventualmente tiene. El término *invocando* debe ser comprendido teniendo en cuenta la particular manera como es utilizada por el legislador peruano: gerundio del verbo «invocar». Esta forma significa *simultaneidad* o *anterioridad* del hecho de invocar respecto al de recibir o hacerse prometer. Esta concepción permite afirmar que la acción de invocar, por ejemplo, puede tener lugar con anterioridad, pero también puede darse de manera simultánea a la de *recibir*, hacer *dar* o *prometer* (HURTADO POZO, 2006, p. 279). O, en su caso, el sujeto activo de modo objetivo, y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencia. En este supuesto no aduce o alega tener influencia, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña.

El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo por sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados (ROJAS VARGAS, 2002, p. 559).

El agente cita o aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o le realice la promesa de entregarle un donativo o cualquier otra ventaja o beneficio a cambio. Es irrelevante penalmente si la influencia que invoca el sujeto activo es real o simulada. En ambos casos, se evidencia la conducta típica. Basta con que haya invocado o aducido tener influencias para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano. De igual modo, basta con que el agente haya hecho uso de la influencia que tiene o evidencia tener para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano.

De esa forma, la influencia real o simulada invocada por el agente, o la influencia que evidencia tener, se constituye en el objeto central del delito que vincula en su estructura ideal a un sujeto que la posee con otro que la requiere para dirigirla o destinarla sobre un tercero —*intraneus*— que trabaja al interior de la administración de justicia, sobre el cual se pretende inducir o ganar su voluntad hacia el ámbito de decisiones deseables para el interesado (ROJAS VARGAS, 2002, p. 561).

2.1.1. Invocar o tener influencias reales

Como ya se mencionó, aquí se pueden presentar dos supuestos. El primero, cuando el traficante ante un tercero interesado invoca, cita, alega o aduce tener influencias al interior de la administración de justicia para lograr que sus funcionarios o servidores públicos se pronuncien en un sentido determinado en los procesos judiciales o administrativos que el tercero interesado eventualmente tiene. El traficante se puede valer de su superioridad jerárquica o de cualquier relación de la que se derive una posición de ascendencia como por ejemplo amistad cercana o familiar, a cambio de recibir una ventaja efectiva o potencial. El segundo, cuando el traficante —el sujeto activo— de modo objetivo, y ante cualquier persona, evidencia en forma automática tener influencias. En este supuesto no aduce o alega tener influencia, el tercero interesado la deduce por el cargo que desempeña y es el tercero interesado el que se acerca o aborda al traficante quien le señala simplemente que, si tiene influencias con tal o cual funcionario y por lo tanto podría influenciar, pero a cambio de una ventaja indebida. En ambos supuestos, no es necesario verificar si el traficante cumplió su palabra de llegar al funcionario e influenciar; o, menos aún, verificar si el funcionario o servidor público de la administración jurisdiccional o administrativa realiza lo prometido por el traficante.

2.1.2. Invocar influencias simuladas

Existen influencias simuladas o venta de humo cuando se verifica que el agente no tiene contacto con los funcionarios o servidores públicos de la administración de justicia y, por lo tanto, no hay forma

ni tiene capacidad de orientar su voluntad a una dirección determinada. La doctrina peruana en forma mayoritaria considera que esta modalidad no posee entidad lesiva para el bien jurídico que se pretende proteger, por lo que se debe optar por la descriminalización, al no configurarse las exigencias de antijuridicidad material. En ese sentido, se pronuncian San Martín et al. (2002, p. 34); Rojas Vargas (2002, p. 561); Abanto Vásquez (2003, p. 528) y Rodríguez Delgado (2014, p. 199). A lo sumo, se indica que constituiría un delito contra el patrimonio (estafa) (Abanto Vásquez, 2014, p. 808). Dicha posición prevaleció para que el legislador nacional optara por descriminalizar tal conducta por la episódica Ley N.° 29703 de 2011; no obstante, ante la oposición unánime de la opinión pública respecto de la citada ley, con la Ley N.° 29758 de julio de 2011 se volvió a criminalizar el comportamiento delictivo denominado «venta de humo». En la exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ del Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010, se sostenía que este hecho punible debe mantenerse, debido que no es «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».

Por nuestra parte, consideramos que la tipificación de la conducta conocida como «venta de humo» es pertinente en nuestro sistema jurídico desde la perspectiva del bien jurídico específico que se pretende proteger, esto es, el prestigio y buen nombre que tiene debe tener y mantener la administración pública en todos sus ámbitos, incluido el de la justicia jurisdiccional y administrativa. Todos los ciudadanos deben tener confianza de que sus asuntos judiciales o administrativos se van a resolver sin intromisión ni interferencia ajena. Los administrados deben tener confianza en la transparencia y rectitud de la administración de justicia y administrativa. Debe evitarse que determinados ciudadanos (traficantes) que aducen arreglar todo, a cambio de alguna ventaja patrimonial o no patrimonial indebida, lesionen o pongan en peligro el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa.

El traficante de humo es quizá el que más daño causa al bien jurídico específico que se pretende proteger al exteriorizar su conducta

de tráfico, puesto que, aparte de engañar y perjudicar económicamente al interesado, pone en tela de juicio el prestigio de la justicia jurisdiccional y administrativa. Consideramos que el Estado debe adelantar las barreras punitivas para evitar que se estandarice el mensaje que va dejando el vendedor de humo, en el sentido de que en la administración de justicia jurisdiccional y administrativa todo se compra y todo se vende o, en otros supuestos, que la administración de justicia jurisdiccional y administrativa solo funciona con base en los amiguismos, esto es, solo se gana si se tiene amigos o padrinos. Estas son situaciones que, sin lugar a duda, lesionan los bienes jurídicos protegidos: tanto el general como el específico. Incluso el Tribunal constitucional ha señalado que debe sancionarse toda conducta que «ponga en peligro los fines constitucionales del sistema de administración de justicia y la confianza ciudadana en la judicatura» (Exp. N.° 3833-2008-AA/TC. En el mismo sentido, el fd. 36 de la sentencia del exp. N.° 00017-2011-PI/TC, del 03 de mayo 2012.)

Como se evidencia, la legitimidad de sancionar el tráfico de influencias simuladas siempre ha estado en plena discusión académica y jurisdiccional; no obstante, nuestra Corte Suprema, en el ámbito penal, ha zanjado la discusión, ya que afirma que en nuestro sistema jurídico es legítima la intervención penal para sancionar las conductas de tráfico de influencias simuladas. En efecto, en el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116 del 02 de octubre de 2015 (*El Peruano*, 21 de junio de 2016), ha establecido como doctrina legal que en el caso de las influencias simulada el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública, que se ve dañada por el agente que lucra a costa de ella. Siendo así se cumple el principio de lesividad. De modo que el invocar influencias simuladas está acorde con el principio de lesividad, por lo que 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 es objetivamente idónea tanto para poner en riesgo como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que en buena cuenta garantiza su credibilidad (fundamento 16).

Por lo demás, la criminalización del tráfico de las influencias simuladas está de acuerdo con los parámetros establecidos en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que se aprobó en Mérida (México) en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. En efecto, en el artículo 18 de la convención se establece que 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, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona.
b. La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido.

En suma, con la criminalización del tráfico de influencias simuladas o supuestas no solo se está protegiendo bienes jurídicos fundamentales para la sociedad en un Estado social de derecho, sino que se está dando cumplimiento a las exigencias de la Convención contra la corrupción suscrita por el Perú.

2.1.3. Análisis de la Casación N.° 374-2015-Lima

Un caso real y típico de tráfico de influencias simuladas es el siguiente:

> Se imputa al recurrente haber invocado influencias simuladas ante la alcaldesa de la Municipalidad Provincial de Tocache, Corina de

> la Cruz, con el presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año dos mil doce ..., así como con el Fiscal Supremo en lo penal ...; ofreciéndole interceder ante ellos a efectos que el primero de los nombrados, de quien afirma es su amigo pero más amigo es la persona de su confianza, retarde, más allá del plazo legalmente previsto, la emisión de su pronunciamiento en el proceso de solicitud de vacancia del cargo de Alcaldesa, que venía conociendo contra la mencionada denunciante, mientras que el segundo emita su dictamen de manera favorable y rápida en el proceso penal que venía conociendo a raíz del recurso de nulidad interpuesto por la referida Alcaldesa y con todo ello evitar que sea suspendida en su cargo de Alcaldesa de la Municipalidad ... haciendo que Corina de la Cruz le prometa el pago de la suma se sesenta mil nuevos soles, bajo el concepto de honorarios profesionales, no habiéndose apersonado como abogado a ninguno de los dos procesos mencionados. (fd. segundo, Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima, 13 de noviembre de 2015, Sala Penal Permanente)

Hecho punible que, en nuestro sistema jurídico, pasó a incrementar la estadística de aquellos que quedan sin sanción penal. En efecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, con argumentos jurídicos totalmente contradictorios, resolvió declarar fundada la casación planteada por el recurrente y, en consecuencia, le absolvió de la acusación fiscal por el delito de tráfico de influencias simuladas en agravio del Estado. Este tipo de resoluciones de la última instancia ordinaria de nuestro poder judicial nos crea convicción de que uno de los factores por lo que existen actos de corrupción en nuestra patria es la existencia de una actitud de tolerancia hacia ellos.

La primera contradicción, e incluso incoherente, es que primero nuestra Suprema Corte estableció que el hecho antes narrado es una conducta típica y, por lo tanto, pasó a evaluar la otra etapa de la teoría del delito, esto es la antijuridicidad, con lo que concluyó que el recurrente habría actuado en el ejercicio legítimo de la profesión de abogado. La conducta es típica pero no antijurídica. No obstante, al final de la Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima, se precisa que no se afectó la antijuridicidad material, ni se vulneró el bien jurídico

objeto de tutela (fundamento 43). La contradicción es evidente. Si no se vulneró el bien jurídico protegido, elemento que conforma la tipicidad objetiva, la conducta no es típica. Esta fuera de discusión en la dogmática penal —teoría del delito— que el bien jurídico protegido es un elemento objetivo de la tipicidad. Por el principio de lesividad previsto en el artículo IV del título preliminar de nuestro Código Penal, si no se verifica la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, la conducta simplemente es atípica.

Y la consecuencia inmediata de verificar la atipicidad de una conducta es que el operador jurídico ya no puede pasar a evaluar la siguiente etapa de la teoría del delito. Recuérdese que, según la moderna teoría del delito, los elementos que deben concurrir en forma sucesiva o secuencial en una conducta activa u omisiva para ser considerada delito son las siguientes: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

Sin embargo, en la sentencia casatoria, dejando sentado que la conducta era típica, se construyeron abundantes considerandos que tratan de justificar el proceder ilícito del acusado. A parecidas conclusiones llegó el profesor español José Muñoz Lorente (2016, p. 66) en su trabajo de análisis de la Casación N.° 374-2015-Lima, titulado *La* «venta» de influencias reales o simuladas en el Código Penal Peruano y su relación con el ejercicio legítimo de la profesión de abogado.

La segunda contradicción reside en que, tratando de justificar el proceder del acusado, invocaron en forma reiterada la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú[21] y las conclusiones del Octavo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en la

(21) No obstante, por razones inexplicables, para resolver el caso no se tomó en cuenta el contenido del artículo 22 de este Código de ética que prevé: «Es deber del Abogado no tratar de ejercer influencia sobre el Juzgador, apelando a vinculaciones políticas o de amistad, o recurriendo a cualquier otro medio que no sea el de la defensa. Es falta grave intentar o hacer alegaciones al juzgador fuera del tribunal sobre un litigio pendiente». La única explicación que puedo encontrar es que la omisión tuvo la finalidad de poder justificar una conducta ilícita como finalmente sucedió.

Habana, Cuba, en 1990, donde se prevé que el abogado defensor en el ejercicio de su profesión debe actuar con sujeción a los principios, entre otros, de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficiencia y buena fe, así como del honor y dignidad propios de la profesión; debe obedecer la ley, no debe inducir a otros a que la infrinjan, no aconsejar actos ilegales; no debe declarar con falsedad (fd. 30, Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima) y prestar a su cliente asistencia en todas las formas adecuadas y adoptar medidas jurídicas para protegerlos y defender sus intereses (fd. 27, Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima). En otro fundamento (fd. 34, Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima) considera que entre los actos graves que no protege el Código de ética y, por lo tanto, no podrá alegarse que se encuentra protegido por su actividad profesional, está el hecho de que el abogado ofrezca influencias ante alguna autoridad que implique una injerencia para su ejercicio imparcial e independiente, lo que significa el ofrecimiento que recoge el tipo penal de tráfico de influencias reales. Sin embargo, un hecho que sin duda alguna afecta gravemente los deberes de lealtad, probidad, veracidad, no declarar con falsedad de parte de un abogado, consistente en alegar que en el Jurado Nacional de Elecciones tiene buenos amigos y, como son buenos amigos, le pueden ayudar, además de que «el presidente del Jurado es amigo mío (*ininteligible*) y su persona de confianza es más amigo» (Transcripción de los videos presentados como prueba, fd. 43, Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima), resulta siendo justificado con argumentos contradictorios y reiterativos. El hecho de que el abogado procesado haya ofrecido influencias ante el presidente del Jurado Nacional de Elecciones y un fiscal supremo en lo penal, que implicaba una injerencia para su ejercicio imparcial e independiente de su función, afecta en forma intensa y grave los principios que orientan el normal desenvolvimiento de las funciones de un abogado defensor.

En efecto, el hecho de alegar e invocar que el presidente del Jurado Nacional de Elecciones es su amigo y, mucho más amigo, es la persona de su confianza y que, por ello, le pueden ayudar es como decir que, como son mis amigos, estos me ayudaran y, por ende, actuaran o resolverán el caso, con lo que afectan incluso su imparcialidad e independencia. Es una conducta típica de tráfico de influencias simuladas

(no se acreditó realmente que el presidente del JNE de la época en que ocurrió los hechos haya sido su amigo), pues tal proceder pone en serio peligro la confianza ciudadana en nuestra administración de justicia jurisdiccional y administrativa. Y eso sin tomar en cuenta que, en otro pasaje del audio, se escucha que el acusado alega ante la tercera interesada, en relación con el presidente (del Jurado Nacional de Elecciones): «me ha ofrecido que me va a dar, que me va a dar tiempo por lo menos dentro de la ley, ahora yo voy a buscar que me dé más tiempo que la ley señala, cosa que no sería la primera vez que ocurre, o sea hay causas que demoran por algún motivo» (transcripción del audio que aparece a fojas 11 de la citada sentencia casatoria).

Otro defecto de la sentencia casatoria es el hecho de que se haya sostenido que para la configuración del delito de tráfico de influencias simuladas es necesario que la conducta del traficante afecte intensamente el bien jurídico correcta administración pública (considerando 34 de la Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima), aspecto que según el contenido de la casación no se habría dado en el caso, pues la conducta del acusado acreditada en los actuados no habría afectado el bien jurídico protegido ni siquiera en forma leve o menos intensa. Esto es insostenible. El hecho de invocar en forma reiterada ante el tercero interesado que el funcionario público (presidente del Jurado Nacional de Elecciones) es amigo suyo y que, por ello, le ayudara a conseguir los propósitos que buscaba o pretendía la denunciante, y todo, a cambio de S/60 000 soles, es una conducta que afecta los bienes jurídicos que el Estado pretende proteger tipificando las conductas de tráfico de influencias. Se afecta en forma grave e intensa el bien jurídico genérico consistente en el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa, así como el bien jurídico específico consistente en el prestigio y buen nombre de la administración pública en su vertiente de justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que las conductas de tráfico de influencias, le desacreditan ante los ciudadanos de a pie hasta el punto que estos llegan a creer de modo firme y en consenso, que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas, amiguismos, padrinazgos u otra clase de influencias.

Al final, el ciudadano puede llegar a perder la confianza en nuestra administración de justicia jurisdiccional y administrativa (mucho más con casos como el que se viene analizando que ha sido objeto de abundantes reportajes de los medios de comunicación masivo). Y eso es grave para nuestro Estado democrático de derecho, que a todos corresponde proteger. Este tipo de pronunciamientos judiciales ocasionan que la administración de justicia en nuestro país esté desacreditada, porque se deja el mensaje, la impresión o sensación en la ciudadanía(22) de que en los estrados judiciales todo se vende, todo se compra, todo se arregla; gana el que es amigo del juez de la causa, gana el que tiene padrino, gana el que tiene contacto con el juez, etc. Este es el mensaje o impresión que va dejando el traficante de influencias, y que el Estado sanciona mediante el delito de tráfico de influencias. En definitiva, es una conducta punible que de modo alguno debe ser tolerada por los encargados de administrar justicia.

En otro extremo, en la Sentencia Casatoria N.° 374-2015-Lima se sostiene que ambas conductas —esto es, el invocar influencias ante el presidente del Jurado Nacional de Elecciones del año 2012, así como ante el fiscal supremo en lo penal— se encuentran dentro del comportamiento permitido, pues no se dirigen a efectuar ofrecimientos fuera de la ley, de corromper a los funcionarios ni obtener un resultado o beneficio ilegal, siendo la modalidad típica que se le imputó al procesado la menos lesiva, al ser la de influencia simulada, por la cual recibió una promesa de honorarios para labores que cotidianamente se practican en el ejercicio de la profesión de abogado. Este argumento también es jurídicamente insostenible, toda vez que, a criterio de la

(22) Véase la editorial del diario la República, de circulación nacional, del 19 de noviembre de 2015. Allí se expresa que las razones de la absolución del ex ministro de Justicia es un pésimo mensaje a la sociedad y específicamente al ejercicio del derecho y al correcto patrocinio de intereses ... los diálogos con la vacada alcaldesa provincial a la que ofrecía reponerla en el cargo no invocaban las armas del derecho y la razón sino los lazos de amistad e interceder en la demora de la notificación y en la celeridad en la emisión de las resoluciones judiciales ... Esta decisión judicial nos devuelve a la lógica de la impunidad y la tolerancia en los casos de infracciones de los de cuello y corbata.

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, son conductas normalmente permitidas, son atípicas, y, por lo tanto, no hubo la necesidad de pasar analizar la antijuridicidad, como se hizo en la sentencia casatoria. Asimismo, por supuesto que la conducta del acusado no estaba dirigida a efectuar ofrecimientos fuera de la ley o de corromper a los funcionarios públicos, pues, si ello se hubiese verificado el delito imputado, no sería el de tráfico de influencias, sino otro delito, como el de cohecho, por ejemplo.

No obstante, de ninguna manera puede aceptarse que la conducta del acusado no estuvo dirigida a obtener un resultado o beneficio ilegal, pues, del contexto de la conversación grabada por la denunciante y transcrita en la misma sentencia casatoria, se lee que el acusado le invocaba a la tercera interesada que el presidente (del Jurado Nacional de Elecciones) «me ha ofrecido que me va dar, que me va a dar tiempo por lo menos dentro de la ley, ahora yo voy a buscar que me dé más tiempo que la ley señala, cosa que no sería la primera vez que ocurre, o sea hay causas que demoran por algún motivo». De allí claramente se evidencia que el acusado afirmó o alegó ante la tercera interesada que como el presidente del JNE era su amigo, le iba dar más tiempo del que la ley señala. Es decir, con su conducta iba a conseguir un beneficio indebido o ilegal. Hacer que el presidente del JNE le dé más tiempo del que concede la ley, o más tiempo del que prevé la ley. Aseguraba que iba a propiciar retardo en la notificación de la resolución del Jurado Electoral. Alegaba que, a cambio de dinero, «dizque honorarios profesionales», iba a hacer que el funcionario deje de lado los principios de imparcialidad e independencia para que infrinja la ley. Presentados así los hechos, sin duda configuran el delito de tráfico de influencias simuladas. Y son simuladas, toda vez que, al parecer —o al menos eso no se habría probado en el proceso penal—, el presidente del JNE no era amigo del acusado-traficante y, menos aún, se ha probado que aquel le haya ofrecido darle más tiempo en el procedimiento que la tercera interesada tenía en el JNE.

También en la sentencia se sostiene que la actuación del acusado no rebasó la *lex artis* y que el hecho y las circunstancias en que se efectúo, establecen que la conducta del procesado se adecua al ejercicio de la

profesión y no debe ser reprochada penalmente (Véase el fundamento 51, sentencia casatoria N.° 374-2015-Lima) Este argumento es desconcertante y todo hombre y mujer de derecho no lo puede aceptar pacíficamente. Un abogado promedio no puede estar alegando ante sus eventuales clientes que es amigo de los jueces o funcionarios que ha conocido, esté conociendo o vaya a conocer un proceso jurisdiccional o administrativo y que, por tal motivo, aquellos le ayudarán a conseguir sus pretensiones, incluso más allá de lo que la ley establece. Tales alegaciones sin duda alguna rebasan el rol normal del abogado.

De igual modo, invocar que el funcionario público es su amigo y, por lo tanto, le ayudará a resolver en forma célere el proceso que tiene el tercero interesado rebasa el rol normal de un abogado. Es como decirle al justiciable que, si me das algo a cambio (en el caso 60 000 nuevos soles), voy y hablo con mis amigos los funcionarios jurisdiccionales o administrativos, según sea el caso, para que dejen de atender en forma normal y regular los procesos que vienen conociendo y se ocupen de forma inmediata y exclusiva en nuestro caso. Esto no es actuar en el ejercicio regular de la profesión de abogado. De modo que tampoco concurre aquella causa de justificación con la cual la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema resolvió el caso que absuelve de la acusación fiscal al acusado. Acuérdese de que el abogado debe actuar siempre bajo los principios de lealtad, probidad, honestidad, veracidad, buena fe, etc. En consecuencia, estas alegaciones solo lo pueden hacer un traficante de influencias tenga la profesión de abogado u otra.

Con la casación en hermenéutica, sin duda, se deja el mensaje de que los abogados, por el solo hecho de serlo, al alegar que los magistrados son sus amigos, pueden prometer a sus clientes que, a cambio de un beneficio económico o de cualquier naturaleza, celeridad en los procesos e incluso, pueden lograr que aquellos quebranten la ley en supuesto beneficio del tercero interesado.

De la lectura de la sentencia casatoria, se concluye que, al parecer, para los magistrados supremos firmantes, la conducta del acusado estaría también justificada, ya que, cuando solicitó los 60 000 soles, en ningún momento dijo que era para darle al presidencia del JNE o

al fiscal supremo en lo penal, o prometió arreglar con ellos. Aspecto que no es necesario ni indispensable que ocurra en el delito de tráfico de influencias. En este delito, es obvio que el traficante nunca solicita dinero o algún beneficio a favor del funcionario al cual supuestamente influirá. Según la fórmula legislativa, el traficante siempre solicita dinero u otro beneficio para él o un tercero allegado a él, a cambio de usar las influencias que afirma tener sobre otro funcionario público que haya conocido, esté conociendo o vaya a conocer en un procedimiento cuyos resultados importen al tercero interesado.

En suma, resulta criticable la citada casación, tanto desde una visión dogmática como de política criminal, sin obviar las implicancias criminógenas que pudiera tener al considerar lícitas y justificadas las actividades realizadas por un abogado que no son otras que vender a un eventual cliente unas influencias que no tiene (Muñoz Lorente, 2016, p. 69), esto es, se ha declarado lícito los actos del abogado de engañar o intentar engañar a su eventual cliente (Salinas Siccha, 2016, pp. 22-52).

Por otro lado, respecto a la situación del comprador de influencias, se tiene que la invocación de influencias simuladas para lograr que aquel tercero interesado se desprenda de su patrimonio, dependiendo de la forma y circunstancias en que se realizó, el hecho configuraría el delito de estafa previsto y sancionado en el artículo 196 CP. Sin duda, la estafa aparece porque el traficante, para lograr que la víctima se desprenda de su patrimonio, hace uso del engaño, esto es, invoca en forma falsa tener influencias cuando realmente no las tiene. El traficante crea un escenario o contexto en el cual la víctima no ve otra alternativa que desprenderse voluntariamente de parte de su patrimonio. De modo que, en estos casos, el traficante será acusado y sancionado por dos delitos: el de tráfico de influencias en agravio del Estado y el delito de estafa en agravio del supuesto comprador de influencias. Es obvio que estaremos ante un concurso real de delitos cuya consecuencia más grave es la suma de penas que prevé el artículo 50 CP.

El tipo penal no exige el ejercicio efectivo de la influencia invocada sobre el funcionario o servidor público determinado. En el delito de tráfico de influencias, se «exige que el sujeto activo invoque

influencias, reales o simuladas —no se requiere de ejercicio efectivo de la influencia—, y en tal virtud obtenga determinados beneficios —no necesariamente patrimoniales— con el ofrecimiento de influir en un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo» (ejecutoria suprema del 10 de abril de 2006, R. N. N.° 2218-2005-Arequipa). De modo que, para configuración del delito de tráfico de influencias, no se necesita ni la realización efectiva de una actividad del funcionario a favor del comprador ni tampoco el conocimiento del funcionario público respecto del tráfico realizado (ABANTO VÁSQUEZ, 2014, p. 809).

Esto resulta lógico, pues aquellos casos se subsumen en el delito de patrocinio ilegal o cohecho. Además, el esperar hasta poder probar la influencia efectiva implicaría una demora innecesaria en la intervención penal, que precisamente es lo que se quiere evitar (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 529). En sentido parecido, San Martín et al. (2002, p. 25).

2.2. Recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero

Otro elemento objetivo del delito en hermenéutica jurídica lo constituye el recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero un donativo o cualquier otra ventaja por parte del traficante. Es decir, el agente que invoca tener influencias reales o simuladas, o que evidencia tener ante un tercero interesado, logra que este le entregue o prometa entregar en el futuro un beneficio patrimonial o de cualquier otra naturaleza.

El **recibir** significa que el agente acepta, acoge, admite, embolsa o toma el donativo u otra ventaja o beneficio que el tercero interesado le entrega a cambio de las influencias que ofrece aquel. El tercero interesado ya está predispuesto a hacer la entrega a cambio de la promesa de influenciar. Mediante el uso del verbo *recibir*, el legislador ha pensado, antes de nada, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja. Mediante el acto de entregar —en caso de no existir pedido por parte de quien recibe—, el que da empuje al agente a aceptar y recibir la ventaja, ocasión en que este último ofrece interceder para hacer lo que le pide el tercero (HURTADO POZO, 2006, p. 282).

Como precedente de esta modalidad delictiva, es posible citar la ejecutoria suprema del 28 de enero de 1998, allí se esgrime que «se halla acreditado el delito de tráfico de influencias, así como la responsabilidad del procesado, quien, en su condición de auxiliar de la Corte Suprema de Justicia, prometió a la justiciable influir en la causa seguida en su contra, habiendo recibido dicho encausado una suma de dinero para tal efecto» (Exp. N.° 5002-97-Lima, Sala B, ROJAS VARGAS, 2005, p. 486).

El **hacer dar** significa que el agente logra o convence al tercero interesado que le entregue, ceda, conceda, facilite o provea del donativo u otra ventaja. Hacer dar se traduce en el hecho de que el agente-traficante que invoca tener influencias logra que el tercero interesado le dé o facilite un donativo u otra ventaja o beneficio. El agente no se limita a recibir, sino a hacer nacer en el tercero interesado la voluntad de entregar el donativo u otro beneficio a cambio de las influencias que oferta el traficante.

En cambio, la modalidad materializada por el verbo **prometer** significa que el agente que invoca tener influencias logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano. Mayormente aparece cuando el agente logra que el tercero interesado le ofrezca entregar donativo una vez que el funcionario o servidor de la administración de justicia se pronuncie en un determinado sentido.

El provecho económico —u otra ventaja— percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito pueden ser para él mismo o para un tercero. El término «tercero» es de significado amplio, abierto, pues comprende tanto a familiares, amigos, allegados, otro funcionario, servidor público, el mismo funcionario influenciado, etc. (ROJAS VARGAS, 2002, p. 566. ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 533).

2.3. Objetos corruptores: donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio

En la conducta del agente, debe estar presente alguno de los medios o mecanismos corruptores del donativo, hacer dar o hacer prometer un beneficio patrimonial o cualquier otra ventaja o beneficio.

Si en determinado hecho investigado llega a verificarse que ninguno de los medios citados concurre, sencillamente el delito de tráfico de influencia no aparece.

El **donativo** es aquel bien dado o prometido a cambio de la influencia efectuada por el agente. 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.

Sin duda tiene razón Hurtado Pozo (2006, p. 284), cuando afirma que el término donativo está mal empleado en el tipo penal, 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 el tipo penal, no se trata de ninguno de estos casos. El tercero no entrega gratuitamente al agente la cosa, sino como precio o retribución del ofrecimiento de interceder ante el funcionario. Lo que debe retenerse es que el objeto material del acto es algo de valor que beneficia a quien lo recibe.

La **promesa**, en cambio, se traduce en un ofrecimiento hecho al agente 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 delito. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

El contenido de la promesa puede ser muy variado: la entrega futura de una oferta remunerativa, bien mueble o inmueble, ventajas (utilidades económicas, ascensos laborales, viajes, etc.). La modalidad de la promesa tiene que ser directa. El momento de hacerse realidad la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso antes de que el funcionario o servidor influenciado se pronuncie de acuerdo

con lo que el tercero interesado pretende. Lo fundamental es el vínculo que une a los actos del traficante con la promesa efectuada.

El profesor Hurtado Pozo (2006, p. 284), por su parte, sostiene que no es acertado el uso del término promesa, puesto que, si bien se pueden recibir o hacer dar promesas, no es coherente afirmar el hacer prometer promesas. Así mismo, no se indica el contenido de la promesa, por lo que debe pensarse que se trata de promesas referentes a donativos o a cualquier otra ventaja

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. Es una cláusula general que completa la lista de ventajas enumeradas en el tipo penal —donativo, promesa—. Comprende a cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad supuesta de influenciar ante un funcionario o servidor jurisdiccional o administrativo: empleos, colocación en áreas específicas, ascensos, premios, cátedras universitarias, viajes, becas, descuentos no usuales, favores sexuales, favores laborales, etc.

En suma, la expresión «cualquier otro beneficio o ventaja» comprende cualquier beneficio patrimonial como no patrimonial, pero que implique una utilidad apropiada para que el agente convenga en recibirla o aceptarla como objeto de la promesa de parte del tercero interesado (Hurtado Pozo, 2006, p. 285). En tal sentido, no compartimos el criterio de Rodríguez Delgado (2014, p. 201), quien señala que el contenido de la ventaja no puede ser otro que aquello que tenga un contenido económico o haya por lo menos un contenido patrimonial, pues de lo contrario un grupo de comportamientos socialmente adecuados podrían incluirse como punibles, orientando al derecho Penal a una sobre criminalización innecesaria.

2.4. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público

Otro elemento de la tipicidad objetiva lo constituye el ofrecimiento que hace el agente al tercero interesado de mediar, abogar, terciar, recomendar, intermediar o interceder ante un funcionario o servidor de la administración de justicia: jurisdiccional o administrativa.

Este elemento lo tiene claro la jurisprudencia en la calificación de la conducta punible, como se evidencia en la ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2000:

> La negativa del encausado resulta un ineficaz intento por evadir la responsabilidad que le corresponde en cuanto al ilícito denunciado, habiéndose recibido además la declaración testimonial donde se detalla con precisión las circunstancias y modo en que actuó este procesado, tomando él la iniciativa de abordarla y ofrecerle su mediación en el trámite del proceso judicial en el que era parte, siempre que efectuara el pago del dinero en efectivo[23]. (Exp. N.° 179-2000-Lima, ROJAS VARGAS, 2002, p. 765).

En otro aspecto, la mediación puede verificarse con el empleo de terceras personas —mediatez de la intermediación—, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o allegadas para influir sobre el funcionario o servidor público que administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que pueden formar parte de una asociación ilícita. El contenido de esta intermediación puede versar sobre un petitorio lícito o ilícito, justo o injusto, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca al interesado o allegado o no le perjudique, o que perjudique a terceros (ROJAS VARGAS, 2002, p. 563; ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 532).

2.5. Funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

El destino de las influencias que invoca o alega el traficante no es cualquier funcionario o servidor de la administración pública, sino solo un funcionario o servidor público que ejerce funciones al interior de la administración de justicia en el ámbito jurisdiccional o administrativo. Es más, no cualquier funcionario de la administración de justicia, sino aquel que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un proceso

(23) Igualmente, en la sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Lima del 19 de diciembre de 1999 (Exp. N.° 472-99).

judicial o administrativo que interesa al tercero ante el cual el sujeto activo invoca o afirma tener influencias. Si se verifica que el destino de las influencias es un funcionario o servidor público que no tiene alguna relación funcional con el caso o proceso que interesa al tercero, el delito en hermenéutica jurídica no se verifica.

En este sentido, se pronuncia Rojas Vargas (2002, p, 565) cuando argumenta que solo es relevante la conducta cuando el funcionario o servidor público se halle en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo —jurisdiccional o administrativo— y solo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso.

Así, por ejemplo, en la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2003, se confirmó la sentencia en contra de Rodríguez Medrano:

> [E]n cuanto al delito de tráfico de influencias, previsto en el artículo 400 CP, igualmente se encuentra acreditado ya que el imputado, se comprometió con el querellante Enrique Escardó Gallo, director de la revista 'Gente', medio periodístico de información pública, para interceder ante la juez Medina Calvo, quien estaba avocada al conocimiento de la querella, interpuesta por el señalado querellante, por ante el Noveno Juzgado Penal de Lima. (R. N. N.° 10-V-01-Lima)

Cabe añadir lo que menciona la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema del 23 de julio del 2003:

> [C]uando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal, hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo ... indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas —jueces— o amplias —fiscales— respecto del caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo. (R. N. N.° 11-2003-Lima)

2.6. Agravante

Si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público al momento de desarrollar la conducta punible, aparece la agravante tipificada en el último párrafo del artículo 400 CP. En tal sentido, a efectos de materializarse la agravante, no es necesario que el agente esté en pleno ejercicio de sus funciones encomendadas al interior de la administración pública. De igual modo se verifica la agravante así el sujeto público se encuentre en sus días de descanso o de vacaciones, e invoque influencias reales o simuladas ante un tercero interesado a cambio de una ventaja indebida. El tipo penal solo exige verificar que el sujeto público, traficante al momento de cometer el delito, tenga la condición de funcionario o servidor público. Es indudable que la agravante no se aplica a los exfuncionarios o servidores públicos. Tampoco se aplica al traficante particular que alega o aduce ante el tercero interesado, ser funcionario o servidor público.

La agravante se explica en la medida que es más reprochable la conducta de un funcionario público que la de un particular, pues aquel tiene mayor deber de protección del bien jurídico protegido u objeto de tutela (Rodríguez Delgado, 2014, p. 200).

Para determinar qué persona tiene estas calidades, el operador jurídico no tiene más que recurrir al artículo 425 CP. Allí se indican los supuestos en los cuales a una persona se le considera funcionario o servidor público para el derecho penal nacional.

Así mismo, a efectos del delito en hermenéutica jurídica, sirve la definición amplia de «funcionario público» adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (suscrita por el Perú el 29 de marzo de 1995, aprobada por Resolución Legislativa N.° 26757 del 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo N.° 012-97-RE del 21 de marzo de 1997). En ella se dispone que, a efectos de la convención, se entiende por «funcionario o servidor públicos a todo 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». Parecida definición, pero más amplia, recoge el artículo 2 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción en vigor desde el 14 de diciembre de 2005.

Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, aunque no hayan juramentado y asumido realmente funciones.

2.7. Bien jurídico protegido

El *bien jurídico genérico* lo constituye el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa. De ese modo, la materialización de cualquiera de las conductas prohibidas no pone en peligro o riesgo, ni lesiona toda la administración pública, sino solo el espacio que corresponde a los funcionarios o servidores públicos que han de conocer, estén conociendo o hayan conocido un proceso judicial o administrativo.

En cambio, el *bien jurídico específico* que se pretende proteger y preservar es el prestigio y buen nombre de la administración de justicia jurisdiccional y administrativa, toda vez que la materialización de alguna de las hipótesis delictivas recogidas en el artículo 400 CP le desacreditan ante el conglomerado social, hasta el punto que se puede hacer creer que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de dádivas, promesas o influencias. El prestigio y buen nombre de la administración pública se convierte de esa forma en bien jurídico específico relevante de este delito. Ese prestigio y buen nombre debe cautelarse y resguardarse en todo sentido, caso contrario se deslegitima y pierde la confianza de los ciudadanos. En sentido parecido, Rojas Vargas (2002, p. 557). Por su parte, Frisancho Aparicio y Peña Cabrera exponen que las conductas punibles hacen creer a los particulares que la administración pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero (1999, p. 3279).

Una interpretación similar nos brinda Hurtado Pozo (2006, 288): en principio debe considerarse que el delito de tráfico de influencias constituye, en general, un atentado contra la administración pública, ataque que, por no preverlo el tipo penal, no necesita producir un resultado física y temporalmente separado de la acción. El vínculo —continúa Hurtado Pozo— está dado por el hecho de que la administración pública requiere gozar de la confianza de los administrados para desarrollar normalmente y con transparencia sus actividades, en beneficio del tratamiento igual de todos los que recurran a ella o estén sometidos a sus órganos. Invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un funcionario o servidor público supone hacer comprender al tercero interesado que este es corruptible, y de esta manera se menoscaba la credibilidad de la administración pública. Este hecho ha sido considerado por el legislador como un factor que puede crear un ambiente desfavorable para el buen funcionamiento de la administración, en especial del proceso de toma de decisiones. Así, desde esta perspectiva, se puede afirmar que se trata de un delito de peligro abstracto.

En este sentido, la ejecutoria suprema del 20 de mayo de 1998 argumentó:

> En nuestro medio se ha constatado que personas inescrupulosas, trafican con la justicia valiéndose de la debilidad de algunos encargados de administrar justicia, los que atentan contra la correcta administración de justicia y se aprovechan de la desesperación del litigante que acude a resolver su problema de cualquier manera; que casos como estos deterioran la imagen del Poder Judicial. (Exp. N.° 638-98-Lima, Sala C; Rojas Vargas, 1999, p. 489)

En tal línea argumentativa, no es de recibo para interpretar el tipo penal en hermenéutica jurídica, la posición adoptada por Abanto Vásquez (2003), quien considera que

> El bien jurídico específico u objeto del bien jurídico que se ataca con este delito no puede ser el prestigio o el buen nombre de la administración pública, pues este concepto no armoniza con un

> Estado Social y Democrático de Derecho. 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». (p. 524)

El patrimonio individual, a que se refiere Abanto Vásquez, de modo alguno merece protección por el delito en análisis, a lo más, si el engaño es de tal magnitud que genere error y este origine el desprendimiento patrimonial, el afectado podrá denunciar al agente del engaño por el delito de estafa. El engañado, mediante una influencia simulada, de modo alguno es sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias. Siempre en este delito, el sujeto pasivo será el Estado.

Por su parte, San Martín, Caro y Reaño (2002, p. 33), siguiendo los planteamientos de Abanto Vásquez, entienden que la modalidad de «tráfico de influencias reales» impide asimilar como bien jurídico tutelado al «prestigio y buen nombre de la administración», por tratarse de un interés espiritual que no es digno de tutela en un Estado social y democrático de derecho, pues tal planteamiento presupone la existencia de un aparato de administración de justicia prestigioso, cuya intangibilidad quiere ser preservada: ¡nada más lejos de la realidad social peruana! Los citados profesores (2002, p. 38) entienden que el objeto de protección ha de concretarse en «la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas», como el interés vinculado al principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, consagrado en el artículo 139, inciso 2, de la Constitución.

Consideramos que negar o sorprenderse de que en nuestra patria no exista una «prestigiosa» administración de justicia de modo alguno puede servir para descartar como bien jurídico «el prestigio y el regular desenvolvimiento o funcionamiento de la justicia jurisdiccional y administrativa» del delito en análisis. En concreto, que se verifique y constate en la cruda realidad que nuestra administración de justicia no goza o no tiene un buen prestigio, en absoluto puede servir para descartarlo como bien jurídico a proteger por el derecho penal. Defender lo contario significaría sostener irrazonablemente que como el agraviado sufría de leucemia no puede ser víctima del

delito de lesiones graves producida por el agente, porque no gozaba de buena salud, o que los pobres no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el patrimonio debido a que en el Perú no tienen un buen patrimonio que proteger, etc.

Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción afecta o lesionan el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia. Si no se trata de preservar y cautelar este aspecto fundamental en la organización estatal, simplemente el Estado democrático de derecho es inviable. La preservación de este interés es connatural al mantenimiento del Estado democrático de derecho. Y no es que sea espiritual, sino es un cimiento real de la organización del tipo de Estado que recoge nuestra Constitución Política. Es este interés el que se pretende proteger con el delito de tráfico de influencias.

Consideramos que el objeto del delito de tráfico de influencias reales no lo constituye «la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de funciones públicas», toda vez que el delito en análisis se consuma mucho antes de que el traficante llegue a entrar en contacto o influir en el funcionario o servidor público que afirma conocer. El delito se verifica y perfecciona antes de poner en peligro o lesionar la imparcialidad u objetividad del funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones normales al interior de la administración de justicia jurisdiccional o administrativa. Si el traficante llega realmente a influir o tratar de influir estaremos en la fase de agotamiento del delito de tráfico de influencias. Hecho que según nuestro sistema jurídico configura el delito de cohecho. Delito en el cual sí se pretende cautelar el interés fundamental de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública. De ahí que resulte factible que, en un caso real concreto, se presente un concurso real de delitos, esto es, el delito de tráfico de influencias puede concurrir con el delito de cohecho. En el mismo sentido San Martín et al. (2002, p. 39) cuando argumentan que «el delito en mención no afecta en sí mismo, no lesiona específicamente la imparcialidad de la función pública».

En ese sentido, nuestra Corte Suprema, en el acuerdo plenario del 02 de octubre de 2015 (N.° 3-2015/CIJ-116), ha establecido como doctrina legal que en el caso de las influencias simuladas el bien jurídico protegido es el prestigio y buen nombre de la administración pública (citando a Mir Puig y Rojas Vargas) que se ve dañada por el sujeto activo que lucra a costa de ella. No obstante, incomprensiblemente, también se ha señalado como doctrina legal que, en el supuesto de tráfico de influencias reales, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública en cuanto el sujeto activo logra determinar su voluntad en el actuar del funcionario o servidor público. El funcionario se corrompe por las influencias que sobre él ejerce el sujeto activo (fd. 14 del Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116).

No entendemos de dónde salió aquello que, en el supuesto de tráfico de influencias reales, el bien jurídico específico es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, cuando todos sabemos que efectivamente este es el bien jurídico genérico de todos los delitos contra la administración pública. El bien jurídico específico del delito de tráfico de influencias, reales o simuladas es el prestigio y buen nombre de la administración pública. No debe obviarse que la conducta del traficante de invocar influencias reales o simuladas y ofrecerlas para solucionar problemas judiciales o administrativos de terceros interesados 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 puede hacer creer al ciudadano de a pie que aquellos ámbitos de la administración pública solo funcionan por medio de actos de corrupción. Lo que es peor, se deja el mensaje de que al interior de la administración pública trabajan funcionarios públicos corruptos y, por lo 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 (Muñoz Lorente, 2016, Lima, p. 83). Con la conducta del agente, se está dando o mostrando

el mensaje aterrador de que al interior del Estado existen funcionarios influenciables o corruptibles. Mensaje que lesiona en forma abierta el prestigio y buen nombre de la Administración Pública en el ámbito jurisdiccional o administrativo.

2.8. Sujeto activo

El sujeto activo o agente del delito de tráfico de influencias puede ser cualquier persona. El artículo 400 CP no exige alguna cualidad especial en el sujeto activo. Estamos ante un delito común o de dominio y no de infracción de deber como la mayoría de los delitos que lesionan o ponen en peligro la Administración Pública. Con base en tal consideración, en la doctrina se sostiene que la ubicación del citado delito en el Código Penal debe estar fuera de los delitos contra la administración pública; sin embargo, su ubicación en este título del Código Penal se impone por el bien jurídico general y específico que se pretende proteger, esto es, el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de la justicia jurisdiccional y justicia administrativa; en tanto que el bien jurídico específico lo constituye el prestigio y buen nombre de la administración en el ámbito de la justicia jurisdiccional y administrativa. Aquí, al tratarse de un delito común, para identificar quién es autor o coautor y quiénes pueden ser partícipes del grave delito, sirve la teoría del dominio del hecho. De modo que la teoría de la infracción del deber, desde la óptica de Roxin, no resulta aplicable, toda vez que su aplicación tendría como resultados prácticos decisiones tanto arbitrarias como absurdas.

2.8.1. Título de imputación del tercero interesado

De la redacción del tipo penal, se concluye que el tercero interesado de modo alguno puede ser considerado como autor o coautor del delito en análisis. No obstante, en el supuesto de que el tercero interesado actúe con conocimiento y voluntad del tráfico de influencias que incentiva será inductor del delito, puesto que se daría el supuesto debidamente previsto en el artículo 24 CP. En efecto, en este supuesto el tercero interesado actúa dolosamente para determinar al

traficante a cometer el hecho punible, por lo que le corresponde, en consecuencia, la misma pena que al traficante. Todo dependerá de la forma y circunstancias en que actuaron los actores en el desarrollo de la conducta punible. Y esto solo se evidenciará luego de la investigación de los hechos que realice el Ministerio Público.

Este planteamiento ha sido recogido y aplicado en la ejecutoria suprema del 9 de julio de 2003:

> [D]esvirtuando los alegatos de inocencia de la procesada y su coprocesado, en el sentido de no haber recurrido a su coprocesado para beneficiarse con la obtención de resoluciones judiciales que terminaron favoreciendo al hermano de la primera para acceder al beneficio penitenciario de semilibertad y al segundo en el proceso civil sobre ejecución de garantía seguido con el Banco de Crédito del Perú; argumentos que no resultan creíbles, como se verifica de autos, ya que el procesado ha relatado detalladamente en su declaración instructiva, la forma y circunstancias como los anteriores le solicitaron su intervención e influencia ante las autoridades que conocían dichos casos, versión ratificada con la declaración prestada por la testigo; que resulta obvio que conviviendo la procesada con el jefe del SIN durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajó y, por ende, era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona, y como era de conocimiento público de que era el jefe de facto de la referida entidad estatal, es por ello, que aprovechando la especial situación en que se encontraba, al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener resoluciones judiciales favorables a su hermano y a su tío político y coencausado, lo que en efecto así sucedió. (R. N. N.° 1401-2003-Lima).

Incluso, actualmente, la Suprema Corte en el campo penal, por el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116, del 2 de octubre de 2015, ha establecido como doctrina legal esta posición dogmática. En efecto, allí se precisó que la instigación, entendida como una forma de in-

tervención delictiva consistente en hacer surgir en otro la resolución criminal, o en determinar a otro a la comisión de un delito, 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. Entonces 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 delito.

Considerando siempre que la participación en 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 constituye 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 fin de favorecer a este último. Por lo tanto:

> 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 de 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. (Fundamento 10).

Cuestión diferente sucede con el tercero interesado que no busca ni aborda al traficante de influencias reales o simuladas, sino por el contrario es buscado o abordado por el traficante quien le propone ayuda a cambio de una ventaja. Aquí, el tercero interesado está pensando cómo solucionar o ganar su proceso judicial o administrativo que tiene, y de un momento a otro es abordado por el traficante. En estas circunstancias pueden darse dos posibilidades. Primero, no aceptar la propuesta y más bien denunciar los hechos. En tal caso, el

delito de tráfico se quedaría en tentativa, toda vez que no habría tercero interesado. Segundo, aceptar la propuesta. En este supuesto se perfecciona el delito al concurrir la conducta de aceptación del tercero interesado. Esto es así porque no debemos olvidar que la fórmula del tipo penal exige que el traficante reciba, se hace dar o prometer una promesa o ventaja. Entonces, el delito para que llegue al grado de consumación exige que se logre el consentimiento o aceptación del tercero interesado para que este le entregue o le dé o le prometa dar la ventaja indebida al traficante. En consecuencia, si el traficante con la invocación de influencias no logra recibir, hacer dar o prometer, el delito simplemente se queda en grado de tentativa.

La construcción de la fórmula legislativa y el razonamiento ensayado originan como lógica consecuencia que el tercero interesado, que acepta la oferta expresada por el traficante y, por lo tanto, le entrega, le da o le promete dar en un futuro cercano una ventaja indebida, será cómplice primario del delito de tráfico de influencias (artículo 25 CP), pues sin su participación dolosa el delito no se consuma o perfecciona, por lo que la pena que se le impondrá será la misma que para el autor traficante. El tercero interesado hasta puede ser considerado cómplice secundario en el caso de invocación de influencias reales, ya que las reglas de la participación secundaria no son incompatibles con la manera en que el legislador ha regulado en el artículo 400 el comportamiento incriminado (Hurtado Pozo, 2006, p. 299).

Así, San Martín et al. (2002), basados en las posiciones asumidas por los españoles Muñoz Conde y Mir Puig, expresan, contrariamente a la opinión que sostiene la atipicidad de la conducta del tercero interesado que interviene en el desarrollo de la conducta punible de tráfico de influencias:

> Es posible aplicar las reglas de la participación delictuosa previstas en los artículos 24 y 25 CP que regula la instigación y la complicidad, pero aquel de modo alguno puede ser considerado como autor o coautor. El tercero interesado será considerado cómplice primario —artículo 25, primer párrafo del CP— cuando acepta la oferta del vendedor de humo, otorgando o prometiendo

> dar dádivas, donativo o cualquier otra ventaja, o en calidad de instigador —artículo 24 CP— cuando solicita la intercesión del traficante de influencias[24]. (pp. 54, 62)

Esta posición tiene su fundamento en el hecho que la etapa de consumación del delito no se produce sin la intervención del tercero interesado, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y, con ello, un acuerdo de voluntades entre el traficante y el comprador de humo. Ambos orientan su conducta a la puesta en riesgo de este bien jurídico, aunque desde diferentes perspectivas; el traficante persigue una prestación por su intercesión, mientras que el comprador una resolución judicial o administrativa que le favorezca (San Martín et al., 2002, p. 61).

De ahí que en la doctrina se afirme que el delito de tráfico de influencias es un delito de encuentro, donde se trata de distintas acciones, cada una de la cuales proviene de diferentes direcciones para contribuir con la realización del injusto, la punibilidad solamente será posible cuando hubiera estado prevista para todas las partes (Abanto Vásquez, 2014, p. 816). En el hecho punible de tráfico de influencias exige el encuentro de dos conductas: la del vendedor (el traficante) y la del comprador (el interesado). Si la conducta de invocación de influencias no aparece o no se verifica, no aparece el delito de tráfico de influencias. Asimismo, si la conducta de invocación del traficante aparece, pero no se verifica la conducta del tercero interesado, la conducta de tráfico ilícito de influencias se quedará en grado de tentativa.

Posición discutible es la asumida por nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116. En efecto, allí se establecido como doctrina legal de cumplimiento obligatorio lo siguiente:

> 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

(24) En sentido parecido el profesor Hurtado Pozo (2006, pp. 291-293).

> «vendedor de influencias» mediante un influjo psíquico en este. Naturalmente —continúa el precedente— 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 lo 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.

Este planteamiento ha sido sustentado en la posición doctrinaria del profesor Abanto Vásquez (2003, p. 472), quien enseña que el comprador o solicitante de influencias no presta ningún tipo de colaboración en la comisión del delito —o más concretamente, en la acción típica prevista por el tipo penal— en la medida que es el partícipe necesario de los delitos de encuentro. Esta colaboración necesaria o enmarcada dentro del rol típico resultaría impune desde la perspectiva de la complicidad. Su alegación es efecto de una cultura tolerante con la corrupción.

Por nuestra parte, consideramos que la conducta del tercero interesado que participa en la consumación del tráfico de influencias no es impune. No obstante, no hay mayores dudas que la conducta del tercero interesado será impune cuando, luego de aceptar la propuesta efectuada por el traficante, denuncia los hechos de tráfico. En este supuesto, la conducta del tercero interesado será impune al convertirse en testigo de la administración de justicia, debido a que, si al denunciante también se le procesa y se le atribuye responsabilidad penal, no habrá denunciantes de este tipo de delitos. Y si no hay denunciante, no hay forma de sancionar a los traficantes de influencias. Si eventualmente se descubre, no habrá testigos en el proceso penal.

Como ya lo tenemos expuesto, para el supuesto en el cual el tercero interesado va y busca o aborda al traficante y le solicita o pide comprar su influencia real o simulada, sin duda estamos ante un instigador. Su conducta hace nacer en el traficante la resolución criminal. Lo discutible es el segundo supuesto, en el cual el traficante busca y aborda al tercero interesado y le ofrece sus servicios a cambio de una

ventaja. En este supuesto, de modo alguno podemos aceptar que el tercero interesado será un instigador, pues él en ningún momento hace nacer la resolución criminal del traficante, peor aún, la puede haber reforzado, pues el traficante tiene claro su propósito y sabe cómo hacerlo (mucho más si se trata de un traficante cuyo *modus vivendi* es el tráfico de influencias). Aquí insistimos en que, si el tercero interesado acepta la propuesta del traficante, se convierte automáticamente en un cómplice primario porque sin su aporte no se podría cometer el delito, o mejor, no podría llegar la conducta a su grado de consumación. Al ser un delito de encuentro para su consumación, necesita la concurrencia de la conducta del traficante como la conducta de aceptación del tercero interesado. La participación del tercero interesado en el delito es esencial. Si el tercero interesado no acepta o no da su asentimiento a la invocación efectuada por el traficante, al no concurrir su conducta, el delito no llega a su grado de consumación, por lo que se quedará en grado de tentativa punible.

En el acuerdo plenario antes citado, se ha señalado que «aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias» (fundamento 9).

El razonamiento al parecer ha sido que el tercero interesado, como no ayuda o no colabora en la invocación de las influencias y, por lo tanto, no ayuda a recibir, no ayuda en hacer dar o hacer prometer, no puede ser considerado como cómplice del delito. Razonamiento sesgado, toda vez que, como ya se expreso, si el traficante no encuentra respuesta en una tercera persona que le entregue para que él reciba, que le dé para que él puede hacer dar, o que le prometa para que aquel le pueda hacer prometer el delito no se perfecciona o consuma, por lo que se queda en grado de tentativa. Aquí el tercero interesado debe participar y ayudar para que el delito llegue a consumarse. Su partici-

pación y ayuda aparece cuando acepta la propuesta y en consecuencia entrega, da o promete entregar una ventaja indebida si el traficante intercede y le ayuda en su proceso judicial o administrativo.

No obstante, para fines prácticos, en un proceso penal, sea que al tercero interesado se le considere como cómplice primario o instigador solamente, la pena será la misma que para el autor traficante.

En el caso de que el agente de la conducta punible tenga la calidad de funcionario o servidor público, la conducta se agrava y, por ende, el agente es merecedor de mayor penalidad, tal como se prevé en el segundo párrafo del artículo 400 CP. Este párrafo que hace tal distinción fue incorporado por la Ley N.° 28355 en octubre de 2004. La modificación sin duda fue consecuencia de la crítica expresada en la doctrina al texto original del numeral 400 CP. Abanto Vásquez (2003), comentando el texto del Código español, alegaba: «Es más justo que cuando el sujeto activo sea un funcionario público, haya más pena que cuando se trate de un particular» (p. 527). Por su parte, Rojas Vargas (2002) comentando el texto original, argumentaba: «La norma peruana no ha hecho aquí distinciones, ni ha considerado pertinente criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es funcionario público o una autoridad, lo cual sin embargo merece una lectura más objetiva por parte del legislador a efectos de obtener una mejor función preventiva general» (p. 557).

2.9. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo solo es el Estado, como único titular del bien jurídico protegido.

El tercero a quien es ofertada la influencia por el traficante, el funcionario o servidor público a quien va dirigida la influencia que invoca el vendedor de humo de modo alguno se constituyen en sujetos pasivos del delito, como erróneamente sostiene Abanto Vásquez. Incluso, Rojas Vargas (2002, p. 573), siguiendo la doctrina italiana, considera que el interesado es víctima del delito de tráfico de influencias. Asimismo, el profesor Hurtado Pozo (2006, p. 297), en parecida posición, pero solo en el supuesto de invocación de

influencias simuladas, expone que en la medida en que el tercero es engañado es posible considerarlo una víctima del delito, por lo que no puede ser reprimido en estos casos como cómplice.

No obstante, nosotros consideramos que estos sujetos automáticamente se convierten en testigos de excepción del hecho punible que desarrolla el agente en perjuicio del Estado.

La lesión económica y la frustración de expectativa que le pueden ocasionar al tercero, al sentirse estafado por el traficante, de modo alguno puede considerarse como un costo que necesariamente tiene que asumir el tercero por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias, como sostiene Rojas Vargas (2002, p. 557), asumiendo lo expresado por Fiandaca y Musco que interpretan el Código Penal italiano. Por el contrario, si el tercero es estafado por el traficante tiene franqueado su derecho de proceder a denunciar al agente del engaño por el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 CP. Ello dependerá de la forma y circunstancias en que se produjo el engaño y siempre que la ventaja o beneficio indebido obtenido por el agente sea de carácter patrimonial.

En suma, desde el aspecto objetivo, en el precedente jurisprudencial del 21 de mayo de 2007 (caso Palacios Villar), la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, siguiendo los planteamientos de Hurtado Pozo, sostiene en forma atinada que el delito de tráfico de influencias previsto y sancionado en el artículo 400 CP tiene como elementos típicos:

> a) al traficante de influencias —que incluso, como en el presente caso, es un funcionario público (sujeto activo)—; b) al Estado, en tanto los comportamientos descritos en el tipo legal tienen que ver con el funcionamiento de la administración pública, con la necesidad de que 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 —sujeto pasivo—; c) la invocación de influencias del sujeto activo en cuanto se tiene capacidad para demandar ayuda a un funcionario público entendido como la capacidad —posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección determinada (me-

dio delictivo)—; d) el ofrecimiento de influir en funcionarios que han conocido o están conociendo un caso judicial o administrativo, esto es, realización sucesiva o simultánea de actos de intercesión o de intermediación (prestación del agente); y e) la obtención de beneficios, sean patrimoniales o no patrimoniales (contraprestación por la influencia). (Exp. N.° 06-2007-A.V)

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la lectura de la fórmula legislativa, se advierte que se trata de un delito netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. El agente actúa con conocimiento y voluntad de primero invocar influencias, luego de ofertar al tercero interesado influir sobre determinado funcionario o servidor público de la administración de justicia a cambio de un provecho indebido para sí o un tercero allegado. El dolo, sin duda, se extiende a los instigadores y cómplices (Hurtado Pozo, 2006, p. 294).

Por las características de la fórmula legislativa peruana, es frecuente en la doctrina nacional (Rojas Vargas, 2002, p. 567) sostener que el delito de tráfico de influencias solo se perfecciona por dolo directo, ya que el agente —al atribuirse capacidad de influencia sobre el funcionario o servidor público de la administración de justicia, así como el ofrecer interceder— está dirigiendo intencionalmente su accionar hasta la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención de provecho indebido. El agente en todo momento actúa movido o motivado por el objetivo de obtener un provecho o ventaja de cualquier naturaleza, puede ser patrimonial, sexual, laboral, etc. Actúa con ánimo de obtener ventaja. Abanto Vásquez (2003, p. 534) incluso enseña que el dolo abarca no solamente el acto mismo de vender la influencia, sino también el compromiso de interceder en el futuro ante un funcionario público; por eso se trata de un caso de dolo trascendente o de intención.

No es posible, en consecuencia, que el delito de tráfico de influencias se materialice por dolo eventual. Menos aún que exista la posibilidad de que el agente actúe por error de tipo. El traficante de influencias reales o simuladas conoce y sabe bien lo que pretende hacer.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En el supuesto de recibir, la conducta se perfecciona en el momento en 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 o beneficio.

El precedente jurisprudencial emitido en el caso del exjuez supremo provisional Palacios Villar da cuenta de un típico caso de tráfico de influencias consumado. En efecto, en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 21 de mayo de 2007, se argumentó lo siguiente:

> El imputado recibió beneficios patrimoniales —dinero en efectivo, botellas de licor, carne seca y chifle—, incluso antes de la operación de detención en flagrancia para invocar o demandar ante colegas suyos de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la ayuda necesaria —que, por lo demás, estaba en capacidad de llevar a cabo— para que dictaran un fallo que objetivamente beneficie al interesado Ipanaqué Lezcano [...] que las tratativas entre traficante e interesado se dieron a plenitud [...] se trata en suma, de un delito de tráfico de influencias consumado. (Exp. N.° 06-2007-A.V., Sala Penal Especial de la Corte Suprema)

En el supuesto de hacer dar, la conducta se perfecciona en el momento que el agente, luego de invocar influencias reales o simuladas y ofertar al tercero interesado interceder ante un funcionario o servidor público de la administración de justicia, logra que aquel se comprometa a darle un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio.

En el supuesto de prometer, 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, hace que aquel tercero le haga la promesa de que en un futuro cercano le dará un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. En este supuesto, para efectos de la consumación, no es necesario que el tercero luego cumpla con su promesa. Si se cumple la promesa estaremos ante un delito de tráfico de influencias agotado.

El delito de tráfico de influencias, tal como está regulado en nuestro sistema jurídico, se perfecciona o consuma con la sola promesa del traficante ante el tercero interesado, aunque luego aquel no cumpla su compromiso. Sin embargo, este aspecto de modo alguno puede llevar a concluir que estamos ante un delito de mera actividad (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 534), pues el agente necesariamente requiere que el tercero interesado le haga la promesa para actuar. Si el agente-traficante no logra que el tercero interesado le realice expresa o tácitamente la promesa de entregarle una ventaja indebida, todos los actos anteriores constituirán tentativa.

El delito de tráfico de influencias es un delito mutilado de dos actos. El perfeccionamiento del injusto exige que quien invoca ser titular de influencias reales o simuladas, primero, debe invocar tenerlas al tercero interesado y, segundo, debe alegar expresa o tácitamente que, a cambio de recibir, hacer dar o hacer prometer una ventaja o promesa de donativo, para finalmente comprometerse a interceder ante un magistrado judicial o funcionario a cargo de un procedimiento administrativo.

De modo que incurre en error la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema cuando en la ejecutoria suprema del 20 de abril de 2010 (R. N. N.° 4218-2009-Piura) argumenta que «para su consumación solo **exige la invocación de influencias**, haciendo hincapié que resulta irrelevante si estas son reales o simuladas». No es suficiente la invocación de tener influencias, es necesario algo más, como es el hecho de lograr que el tercero interesado se comprometa a entregarle una ventaja económica y que, para ello, utilice como medio la promesa de interceder ante los funcionarios judiciales o administrativos.

De modo alguno, la consumación requiere que el ofrecimiento o compromiso de intercesión llegue a hacerse efectivo. Por tanto, para efectos de la consumación, no se exige que el traficante llegue realmente a interceder ni siquiera es necesario que llegue a intentarlo. Este compromiso constituye una finalidad ulterior a la consumación del delito, pues trasciende al propio ámbito del dolo, en la medida en que la fase consumativa no exige el uso efectivo de las influencias por parte del traficante, las cuales pueden ser incluso irreales (SAN MARTÍN/CARO/REAÑO, 2002, p. 25).

Las formas de tentativa son perfectamente admisibles. Existirá tentativa mientras no se produzca de parte del tercero interesado la promesa de dar o realizar alguno de los medios corruptores —recibir, hacer dar o hacer prometer donativo u otro beneficio—. En otro extremo, hay que tomar en cuenta que la sola existencia de medios corruptores entregados o prometidos no evidencia delito de tráfico de influencias si previamente no ha existido la invocación de influencias dirigidas al interesado por parte del traficante. Este aspecto, al ser parte central del núcleo de la acción típica, condiciona la configuración del tipo penal (Rojas Vargas, 2002, p. 569).

Finalmente, debe quedar expresado que, si el traficante llega a tomar contacto o influye realmente o trata de influir en la actuación del funcionario o servidor público, estaremos ante la fase de agotamiento del delito de tráfico de influencias. Además, este hecho mismo podría configurar un cohecho. Todo dependerá de la forma y circunstancias en que ocurrió el contacto entre traficante y funcionario judicial o administrativo.

5. PENALIDAD

Si el acusado es encontrado responsable penalmente del delito que se le atribuye, luego del debido proceso penal, aquel será sancionado con pena privativa de libertad 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, 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 CP y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

§ 32

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

1. TIPO PENAL

La tipificación del hecho punible «enriquecimiento ilícito» trata de criminalizar un comportamiento social y políticamente dañino para la sociedad. Permite conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos funcionales de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el artículo 39 de la Constitución Política del Estado, en el sentido de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación. Los cargos o empleos públicos no son ni pueden ser una fuente de enriquecimiento económico y de lucro. Los funcionarios y servidores públicos se deben a la nación y de modo alguno a los apetitos y avidez crematísticos de sus impulsos. Es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva que se use el cargo o la función pública para acumular o hacer ilícitamente riqueza (ROJAS VARGAS, 2002, p. 602). Abanto Vásquez (2003, p. 539), por su parte, considera que la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito en el catálogo penal se debe al «deterioro creciente de la moral administrativa».

Consideramos que el derecho penal, en el marco de su finalidad de prevención general, debe cumplir un papel decisivo en la lucha contra la corrupción. No debe tolerar alguna forma de actos de corrupción. Se debe sancionar penalmente y en forma drástica a aquellos sujetos

públicos que, abusando de su cargo, incrementan su patrimonio de manera ilegal. Aquel sujeto público que utiliza el cargo para enriquecerse se sale de su rol social de buen trabajador o servidor público.

Incluso en la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003 se sostiene que no son:

> los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales. (R. N. N.° AV-09-2001-Lima, ROJAS VARGAS, 2005, p. 352)

En otro extremo, debe quedar establecido que, a diferencia del resto de delitos contra la administración pública, el delito de enriquecimiento ilícito no sanciona la infracción de un deber propio y específico de la función pública que ejerce la persona mediante una acción concreta como ocurre en los otros delitos como por ejemplo peculado, malversación de fondos, etc. Por el contrario, el tipo penal tiene como presupuesto (la mayor de las veces una pura sospecha) que el sujeto público ha infringido previamente un deber propio de su función, lo que le ha significado algún tipo de ventaja patrimonial que ha ingresado a su patrimonio (CARO JOHN, citando al argentino Creus, 2010, p. 309).

El sujeto público tiene que haber infringido un deber especial de determinada función pública de manera imperceptible. Cuando el sujeto público va incrementando su patrimonio, nadie se da cuenta de su procedencia ilícita. El delito se configura en consecuencia cuando al final se determina que, luego de estar realizando una labor pública como funcionario o servidor público dentro de la administración pública, el sujeto público ha incrementado su patrimonio personal o ha incrementado su gasto económico personal. Incrementos que de modo alguno puede justificarlos por lo que se concluye que se ha enriquecido ilícitamente durante el ejercicio del cargo público que

ejercía. Por supuesto, si el incremento de su patrimonio o de su gasto económico personal es a consecuencia de otras actividades lícitas y así lo demuestra o acredita, el delito no aparece. No debemos obviar que en el proceso penal también el imputado luego acusado tiene carga de la prueba en relación con los hechos que alega en su defensa. Es absurdo, como muchas veces se hace, hacer gravitar sobre el acusador la carga de la prueba sobre hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de responsabilidad penal que alega la defensa. Al respecto, el profesor Ascencio Mellado (s. f.) sostiene con propiedad que al acusador no se le puede imponer una prueba diabólica(25).

El delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 401 CP de 1991, en la legislación nacional, tiene su antecedente más inmediato en el artículo 361-A introducido en el Código Penal de 1924 por el Decreto Legislativo N.° 121 de 1981.

No obstante, el texto original del artículo 401 CP de 1991 ha sido objeto de múltiples modificaciones legislativas. La primera se limitó a incorporar un segundo párrafo al texto original mediante la Ley N.° 27482 del 15 de junio de 2001. La segunda modificación que cambió toda la estructura típica del hecho punible se realizó por el artículo 1 de la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004. Luego, por tercera vez, el contenido del tipo penal 401 fue modificado por la episódica y polémica Ley N.° 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011. Uno de los cambios fundamentales que se ha producido es que se deja de lado el criterio excesivo de considerarlo como una conducta de no justificación del incremento patrimonial, pues esta postura genera la idea absurda que se transfiere la carga de la prueba al imputado, a favor del Ministerio Público (exposición de motivos del Proyecto de Ley N.° 4187/2010-PJ, ingresado al Congreso el 3 de agosto de 2010).

(25) Notario del siglo XXI. *La lucha contra la corrupción*. http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-32/1149-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito-0-8977476143257205

El otro cambio radica en que la frase «durante el ejercicio de sus funciones» ha sido dejada de lado por la frase decisiva «abusando de su cargo». Estos aspectos de la nueva fórmula legislativa hacen que el contenido del delito de enriquecimiento ilícito sea totalmente diferente desde el 22 de julio de 2011, fecha en que entró en vigor la Ley N.° 29758.

En conclusión, con la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema podemos concluir razonablemente lo siguiente:

> [L]uego de haberse realizado una ponderación cualitativa respecto de los elementos objetivos que integran el tipo penal de enriquecimiento, entre la norma del texto original del año 1991 y las modificaciones que ha sufrido el artículo 401 del Código Penal.... se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente precisiones a los elementos objetivos del tipo penal. (Casación N.° 343-2012-Lima)

Este precedente jurisprudencial nos trae inolvidables recuerdos. Esta casación aprobó el apartamiento de la doctrina jurisprudencial realizada por una Sala de Apelaciones. En efecto, cuando integramos la Sala Penal de Apelaciones en el Sistema Anticorrupción de la Corte Superior de Lima, como ponente decidimos apartarnos del contenido del Acuerdo Plenario N.° 2-2006/CJ-116, que acordó por mayoría establecer como doctrina legal el principio de combinación de leyes, pudiendo escogerse la más favorable de una y otra ley. Dejamos de lado tal doctrina legal y fundamentando el porqué del apartamiento, optamos por el principio de unidad de la ley penal. En el fundamento 12 de la indicada casación se concluye: «se colige fehacientemente que el apartamiento del Acuerdo Plenario ..., que efectúo la Sala Penal de Apelaciones al momento de dictar la sentencia recurrida, no vulneró de forma alguna el principio constitucional de la norma más favorable al procesado».

Finalmente, luego de la modificación introducida por la Ley N.° 30111 del 26 de noviembre de 2013, nuevamente ha sido objeto de modificación por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016, de manera que la fórmula legislativa del tipo penal 401 queda como sigue:

> 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, será reprimido con 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.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

Es doctrina legal considerar que el delito de enriquecimiento ilícito es un típico delito especial propio o funcionarial de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley peruana se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del agente público y que ocasionan para él un mejoramiento patrimonial indebido o ilícito (Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116).

El delito de enriquecimiento ilícito objetivamente se perfecciona cuando el funcionario o servidor público que abusa del cargo que desempeña al interior de la administración pública incrementa ilícitamente su patrimonio. Es indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita. En la ejecutoria suprema del 13 de agosto de 2008 se argumentó que el delito de enriquecimiento ilícito sanciona al funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente. Por tanto, se considera indicio de este delito el aumento del patrimonio y/o el gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración con los ingresos legales que pudiera haber percibido durante determinado periodo (R. N. N.° 326-2008-Lima).

Según la redacción de la fórmula legislativa, el delito de enriquecimiento ilícito no abarca al particular que se enriquece, ni al funcionario o servidor público que se enriquece al margen de la administración pública, puesto que son contextos de acciones que, en todo caso, son cubiertas por otras figuras delictivas, civiles o administrativas (Rojas Vargas, 2002, p. 608).

Solo abarca el incremento del patrimonio o del gasto personal del sujeto público ocasionado a consecuencia del abuso del cargo que tiene o ha tenido al interior de la administración pública. Pero el abuso del cargo tiene que haber sido imperceptible o, dicho de otra manera, no descubierto en su oportunidad. El delito solo aparece cuando el incremento se ha materializado y no puede determinarse a ciencia cierta cómo se produjo el incremento. Esto es importante saberlo, pues, si en un caso en concreto, ante el incremento del patrimonio o gasto personal que el funcionario no puede justificar, se inicia la investigación y se determina que fue a consecuencia de la apropiación de recursos del Estado, la conducta se tipificará como peculado, o se

determina que fue a consecuencia de actos de corrupción, la conducta o conductas serán tipificadas como cohecho, etc. No debe obviarse que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo, pero de carácter residual o subsidiario.

Característica que no comparte el profesor Gálvez Villegas (2015, p. 203), quien haciendo derecho comparado concluye que el delito de enriquecimiento ilícito no es subsidiario sino es autónomo. Como veremos más adelante, la razón de su desacuerdo es el hecho, según su particular criterio, que, al considerarlo subsidiario, le quitamos eficacia punitiva o le hacemos inaplicable al tipo penal. Es decir, de acuerdo con su criterio, se genera impunidad. Aseveración académica que no puede ser de recibo, pues al menos en nuestro sistema jurídico existen muchas sentencias condenatorias por el delito de enriquecimiento ilícito. Y en los casos que no se han logrado condenas, no es porque consideremos al delito de enriquecimiento ilícito como de carácter residual o subsidiario, sino porque el titular de la acción penal no ha realizado una pertinente investigación del delito o, en su caso, no ha defendido en forma eficiente, en juicio oral, su acusación. En conclusión, el hecho de que se emitan sentencias absolutorias por enriquecimiento ilícito no es como consecuencia de considerar al delito como de carácter subsidiario o residual.

La interpretación del hecho punible debe hacerse de acuerdo con los parámetros establecidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada en Mérida (México) en diciembre de 2003 y que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005. En efecto, en el artículo 20 de la convención se establece que cada Estado parte con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, 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 que no pueda ser razonablemente justificado por él.

No debe olvidarse que para la convención el concepto de «funcionario público» incluye a la figura del servidor público de nuestro derecho interno. *Vide* el contenido del artículo 2 de la convención.

La conclusión es contundente. Si un funcionario o servidor público incrementa su patrimonio durante el ejercicio de su cargo, cabe presumir razonablemente que se ha enriquecido ilícitamente aprovechándose del cargo, siendo él el único que puede acreditar la licitud del origen de su incremento patrimonial cuando este es ajeno a los ingresos percibidos en su actividad pública regular (Asencio Mellado, s. f.).

Nadie más que él sabe la procedencia del incremento de su patrimonio. Y solo él puede acreditar razonablemente la legalidad de su procedencia. En consecuencia, es a él a quien corresponde acreditarlo, no a quien carece de recursos, para tal efecto como lo es el Ministerio Público. Y esto de ninguna manera constituye inversión de la carga de la prueba como alegremente se indica. En el proceso penal, si el imputado o acusado alega hechos impeditivos, excluyente o extintivos de la acción penal, está en la obligación de acreditarlos. Al fiscal solo le corresponde acreditar el incremento del patrimonio respecto de los ingresos legítimos del sujeto público. Opera algo así como una presunción *iuris tantum* de enriquecimiento ilícito. El imputado puede desvirtuar aquella presunción defendiéndose, acreditando para tal efecto, la licitud de la procedencia del incremento patrimonial puesto en evidencia. Por tanto, no se da alguna infracción a la presunción de inocencia, ni tiene lugar una verdadera inversión de la carga de la prueba. Simplemente si el acusado niega los hechos objeto de acusación, en ejercicio de su amplio derecho de defensa y para librarse de la acusación, puede probar los hechos que alegue y demostrar sin inconveniente que el origen del incremento patrimonial es lícito (Mir Puig, 2022, p. 27).

Del concepto ensayado, podemos evidenciar que la fórmula legislativa del delito en hermenéutica jurídica se construye sobre la base de varios elementos objetivos que, sin duda alguna, le dan autonomía, los mismos que pasamos a explicar en forma pedagógica.

2.1. Abuso de cargo público

El primer elemento objetivo importante del delito en hermenéutica jurídica es verificar la circunstancia de que el agente, siempre funcionario o servidor público, actúe en su propio beneficio patrimonial y abuse del cargo que desempeña al interior de la administración pública.

Se entiende por abuso de cargo aquella situación que se produce cuando el sujeto público hace mal uso del cargo que la administración pública le ha confiado con la finalidad de obtener beneficio patrimonial indebido.

Hay abuso de cargo cuando el sujeto público ejerce su función 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 debida, pero para conseguir un fin ilícito en su propio beneficio o de terceros.

El tipo penal ha circunscrito el abuso al cargo, es decir, a la calidad que tiene dentro de la administración pública (como se hace referencia en los delitos de concusión y exacción ilegal), mas no al abuso de atribuciones o funciones, como, por ejemplo, hace referencia el artículo 376 CP, que regula el delito de abuso de autoridad. En consecuencia, no es necesario ni imprescindible que el enriquecimiento patrimonial se realice en pleno ejercicio de las atribuciones o funciones del sujeto público para que se configure el delito. Basta con que el agente haga valer abusivamente su cargo, así se encuentre de licencia o vacaciones. Es claro que se hará abuso del cargo público siempre y cuando se tenga aún el cargo. Si, por el contrario, el vínculo laboral con la administración pública concluyó, ya sea por vencimiento de contrato, cese, despido, etc., y luego de ello se produce el enriquecimiento, el delito en análisis es imposible que se configure.

De modo que el incremento patrimonial o aumento del gasto personal indebido debe producirse cuando el sujeto público tenga en forma real, el cargo público. Es irrelevante, para efectos de la tipificación, si el incremento ilícito se produce en el periodo específico en el cual el agente, por ejemplo, se encuentra de licencia, vacaciones, permiso, etc.

Lo anterior significa que el periodo que dure el sujeto público en el cargo debe ser el periodo de la comisión del delito. Muy bien puede presentarse que el sujeto público en determinados días, meses o años incremente su patrimonio en forma ilícita en tanto que en la mayor parte de su desempeño funcional no presente incremento alguno y sus ingresos y gastos coincidan con sus declaraciones juradas de bienes y rentas. Lo relevante de este elemento es considerar que el agente debe experimentar un incremento patrimonial o aumento de su gasto personal de manera ilícita durante la vigencia del cargo público, y 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 otro hecho punible otro hecho punible como por ejemplo lavado de activos.

En tal línea de interpretación, para configurarse este delito no basta que se trate del enriquecimiento de un funcionario o servidor público, sino que necesariamente debe existir vinculación debido al cargo que ostenta al interior de la administración pública (Gálvez Villegas, 2001, p. 153).

La fuente generadora del enriquecimiento del sujeto público: ¿es relevante?

El agente público debe haber usado su cargo que ostenta al interior de la administración para generarse fuentes de ingresos ilícitos que a la postre representen incremento de su patrimonio o en su caso, incremento del gasto económico personal. Si la fuente del incremento tiene un origen lícito diverso al desempeño de su cargo público (por ejemplo, herencia millonaria o ganarse la lotería), el delito se descarta.

El vínculo funcional comprende un amplio abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita en el marco de prevalimiento manifiesto. Si excluimos el prevalimiento, el tipo penal pierde fuerza relevante, porque no es lo mismo que un funcionario o servidor público se enriquezca, a que se enriquezca a razón del cargo que desempeña en la administración pública (Rojas Vargas, 2002, p. 622).

En consecuencia, resulta ocioso pretender debatir acerca de las fuentes generadoras. En tal sentido, Rojas Vargas (2002, p. 622) sostiene que no existe razón suficiente para circunscribir la fuente generadora del enriquecimiento ilícito a los delitos o actos ilícitos distintos a los de función, o para considerar que solo estos en exclusividad pueden dar cuenta de la figura 401.

Es insignificante penalmente determinar si las fuentes del incremento patrimonial son conductas delictivas contra el patrimonio en general (robos, hurtos, estafas, etc.) o son solo contra la administración pública (peculado, concusión, corrupción, etc.).

En ambos casos, y teniendo en cuenta que el delito en análisis es residual, al producirse sin justificación razonable el incremento del patrimonio o del gasto económico personal del sujeto público durante el desempeño del cargo público, el delito se evidencia. En tal sentido, Rojas Vargas (2002, p. 622) sostiene que no existe razón suficiente para circunscribir la fuente generadora del enriquecimiento ilícito a los delitos o actos ilícitos distintos a los de función, o para considerar que solo estos en exclusividad pueden dar cuenta de la figura 401.

Pensar en contrario, no tendría sentido. Gálvez Villegas (2001, p. 144), en forma limitada, sostiene que la fuente del incremento patrimonial será un acto ilícito penalmente relevante, fundamentalmente contra la administración pública y excepcionalmente podrá tratarse de un delito común. En igual sentido, San Martín et al. (2002, 205). Aun cuando estos autores se orientan en esta posición, enseñan que solo puede admitirse determinados casos de enriquecimiento derivados de delitos de dominio, comunes o especiales no vinculados a la función pública, y ponen como ejemplo al alto funcionario de la Sunat que durante años evade el pago de impuesto a la renta mediante declaraciones falsas. Este ejemplo es infeliz, pues, si se verifica que aquel funcionario evadió el pago de impuestos mediante declaraciones falsas y evitó a través de su poder funcional el control administrativo en su contra, le será —sin más— atribuido el delito tributario en su modalidad de evasión de impuestos y, como consecuencia, se le comisará todos los bienes producto del enriquecimiento indebido. Descartándose el delito de enriquecimiento ilícito en tanto delito subsidiario o residual.

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.

El profesor Galvez Villega (2015, p. 230) insiste que, a fin de acabar con el despropósito de la subsidiaridad asumida que torna en ineficaz al tipo penal en cuestión, debe establecerse la autonomía del enriquecimiento ilícito de modo expreso, tal como se ha hecho con el delito de lavado de activos. De ese modo, se dotaría de eficacia a este tipo penal, a la vez que se cumpliría con la finalidad político criminal contenido en la constitución y en los convenios internacionales. Esta propuesta resulta razonable, toda vez que para tener autonomía plena debe señalarse en forma expresa que el autor del delito previo (generador de ganancias ilícitas) puede ser también autor del delito de enriquecimiento ilícito, tal como se prevé en el Decreto Legislativo N.° 1106 que regula el delito de lavado de activos. Sin embargo, así no se ha legislado respecto del enriquecimiento ilícito en nuestro sistema jurídico. Pero insisto, el hecho de que se diga que se trata de un delito residual de modo alguno le quita eficacia.

Caso contrario, si —por ejemplo— se llega a evidenciar 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 se llega a comprobar que el agente público incrementó su patrimonio por el delito de peculado, aquel será investigado, juzgado y sancionado por este delito, con lo que se descartará el de enriquecimiento ilícito. Y esto es así debido a que, tal como lo indica el mismo profesor Gálvez Villegas (2015, p. 223), estamos frente a supuestos de agotamiento del delito previamente cometido. En tal sentido, el posterior incremento patrimonial, aun cuando objetivamente realice el tipo del enriquecimiento ilícito, resulta subsumido por el tipo penal previo, en cuanto a su tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Es más, Gálvez Villegas, citando al argentino Creus, señala que el agotamiento como fase del *iter criminis* es igual para todos

los ordenamientos penales. Estos casos de agotamiento se consideran consumidos por el tipo penal previo al enriquecimiento, justamente por pretender que una nueva punición implicaría una infracción al principio de garantía *ne bis in idem*.

De modo que, por su naturaleza residual, el enriquecimiento ilícito es punible cuando se acredita un desbalance patrimonial que no tiene como correlato la comisión de un hecho punible específico sancionado previamente. Ello trae como lógica consecuencia la imposibilidad de un concurso de delito entre un delito de tipo penal específico y el enriquecimiento ilícito (Caro John, 2010, p. 310).

2.2. Incremento ilícito del patrimonio respecto de los ingresos legítimos

Otro elemento objetivo es el incremento ilícito relevante del patrimonio respecto de sus ingresos legítimos normales del sujeto público. Todo a consecuencia del cargo que desempeña al interior de la administración. El incremento debe manifestarse objetivamente cuando se verifica marcada diferencia con sus ingresos legítimos normales que tiene aquel por el cargo de funcionario o servidor público. El incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de todos sus ingresos diarios, semanales, mensuales o anuales. Por ejemplo, estaremos ante este elemento objetivo cuando el sujeto público que no desarrolla otra actividad declarada en un año ha incrementado su patrimonio en 50 000 cuando sus ingresos, por todo concepto, en ese año fue de 30 000. El incremento es evidente, incluso sin considerar los gastos personales o familiares que debió efectuar de los 30 000.

El legislador no ha querido dejar al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento patrimonial para ser subsumido en el tipo penal, sino que en forma taxativa ha previsto que deberá tener presente que hay indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio 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.

2.3. Incremento ilícito del gasto económico personal

Otro elemento por considerar lo constituye la verificación del incremento ilícito de los gastos económicos del sujeto público durante el ejercicio del cargo que ostenta al interior de la administración pública, a saber, los gastos normales que efectúa el sujeto público y que de un momento a otro se incrementan de modo relevante y notorio. 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 utilizó todos sus ingresos en gastos personales o familiares. En el ejemplo tendría un incremento de 30 000.

El legislador no ha dejado al libre criterio del operador jurídico la determinación del incremento del gasto económico personal para ser subsumido en el tipo penal, sino que en forma taxativa ha previsto que el operador jurídico deberá tomar en cuenta que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el incremento del gasto económico personal del sujeto 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 práctica, tanto el incremento del patrimonio como el incremento del gasto económico personal del sujeto público se pondrá en evidencia con las pericias contables o valorativas que el operador jurídico responsable del caso concreto disponga realizar. No hay otra forma de poner en evidencia tales incrementos. En esta línea, tenemos la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003: «debe merituarse lo señalado por el perito contable, en los debates orales, quien ratificó

que existe un incremento patrimonial, no justificado; que estas pericias constituyen medio probatorio indubitable de la comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito» (R. N. N.° AV-09-2001-Lima, Rojas Vargas, 2002, p. 352).

2.4. Bien jurídico protegido

Como en todos los delitos analizados en este libro, el bien jurídico genérico protegido es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. Por su parte, Gálvez Villegas (2001, p. 116) pretende enseñar que se protege la administración pública, pero solo en los aspectos de prestigio, dignidad y confianza de la función pública.

El bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la nación. En parecido sentido, Rojas Vargas (2002, p. 614) enseña que el artículo 401 CP busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, por lo que conmina jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No obstante, tomando en cuenta que, como ya lo hemos dejado expresado, en los delitos especiales contra la administración pública el bien jurídico siempre se representa en principios o deberes, precisando más el bien jurídico específico en este delito, podemos aseverar que se pretende proteger los principios de transparencia y de probidad que sustentan el ejercicio de las funciones públicas de los sujetos públicos al interior de la administración pública. De modo que, en base con el principio de transparencia, se ve plenamente justificada la exigencia de la obligación impuesta al sujeto público de rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio. Lo último representa una forma de controlar la probidad con la que debe conducirse en el marco del ejercicio de su posición jurídico-institucional. Así también, en virtud del principio de transparencia, le es exigible al funcionario público mantener un estatus patrimonial acorde a los ingresos que de acuerdo a ley le corresponden (Pezo Roncal, 2014, p. 115). De ahí que, en parte, tenga razón Mir Puig (2022, p. 28), citando a Blanco Cordero,

al considerar que el bien jurídico en este delito es «la transparencia de las fuentes de ingreso» del sujeto público.

La jurisprudencia nacional al parecer no tiene mayores problemas en interpretar de esta forma el bien jurídico del delito en hermenéutica. En efecto, en la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, se argumentó: «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» (Exp. R. N. N.° AV-09-2001-Lima).

Es obvio que así planteado el delito de enriquecimiento ilícito no cautela ni protege en forma directa o indirecta el patrimonio del Estado.

En esta línea, creemos que no es de recibo la posición (ABANTO VÁSQUEZ, 2003, p. 541) que sostiene que resulta difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso, afirman, 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.

2.5. Sujeto activo

De acuerdo con la ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2002:

> El artículo 401° del Código Penal menciona una forma determinada de enriquecimiento ilícito en función del sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así, la figura solo es atribuible al sujeto público (funcionario y/o servidor), no comprendiendo al particular que se enriquece ni al sujeto público que se enriquece al margen de la razón por el cargo. (Exp. N.° 3071-2001-Puno en SALAZAR SÁNCHEZ, 2004, p. 535).

De modo que, solo puede ser sujeto activo de enriquecimiento ilícito aquella persona que tiene un cargo público, el mismo que es utilizado para incrementar ilícitamente su patrimonio.

Cabe mencionar, además, la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004:

> Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe. (R. N. N.° 2976-2004-Lima, SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 652)

En suma, los terceros (sujetos públicos o particulares) que ayudan al sujeto público a enriquecerse ilícitamente serán cómplices del delito.

Un ejemplo de complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito lo constituye el hecho real que da cuenta la ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 2010:

> El enriquecimiento ilícito y responsabilidad —a título de autoría— ha sido comprobada; al respecto tenemos que la sentencia y ejecutoria suprema ... determinaron que el inmueble fue ofrecido en donación u obsequio indebido a Saucedo Sánchez —previamente a la asunción de un Ministerio del Estado—, fundamentando dicha conclusión en las testimoniales de ... quienes señalaron que Vladimiro Montesinos les ordenó obsequiar la referida propiedad al sentenciado Saucedo Sánchez; es en este contexto que, es posible la imputación —a título de cómplices secundarios— de las recurrentes Jenny y Annie Saucedo Linares, enmarcada en la modalidad del *pactum sceleris,* es decir, por lo pactado y acordado

> anteriormente de permitir la adquisición de bienes y aperturar cuentas —ilícitamente obtenidos— en beneficio de otro; asimismo, debe referirse que el principio de confianza —parte del instituto de la imputación objetiva—, a diferencia del riesgo permitido, es un criterio que tiene su fundamento normativo en el principio de la autorresponsabilidad, es decir, tenemos la expectativa normativa de que otros actuarán correctamente, esa expectativa, esa confianza, permite que ya no estemos pendientes de los actos que realicen los otros ciudadanos y, en consecuencia, hace que nos avoquemos a nuestras conductas, por lo que puede colegirse que se origina sobre la base de la división del trabajo, donde la especialización hace que cada trabajador confíe en su superior o inferior, respecto del trabajo que se esté realizando, siendo el caso que la inaplicación —principal— de este filtro se da cuando conocemos precedentemente a nuestra conducta, los actos ilícitos de terceros; situación presente en este proceso, puesto que, si bien a *prima facie* existe un principio de confianza entre familiares; no obstante, el carácter relativo de aquella viene siendo desvirtuada por los siguientes indicios que permiten actuar prueba indiciaria del conocimiento que tenían las recurrentes del enriquecimiento ilícito. (R. N. N.° 3609-2009-Lima, Sala Penal Transitoria)

Aun cuando erróneamente se habla de complicidad secundaria, lo concreto es que los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito, pero a título de cómplices. La ejecutoria citada confirma la sentencia recurrida que condenó a las recurrentes por enriquecimiento ilícito en el nivel de cómplices secundarios, toda vez, entre otros hechos de imputación, que, pese a conocer que aquel recibió un inmueble ubicado en la Calle Rinconada del Lago, La Molina, en calidad de obsequió por orden de Montesinos Torres, simularon un acto jurídico por el cual ellas aparecían adquiriendo el inmueble y luego lo elevaron a escritura pública. Dolosamente ayudaron a su padre a enriquecerse ilícitamente.

No obstante, siguiendo la postura de la ruptura del título de imputación, un hecho grave de enriquecimiento ilícito al final quedó sin sanción penal. En efecto, los hechos se resumen en lo siguiente:

> Se imputa a la señora Amelia Victoria ..., que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido en la cantidad de 1´028,703.44 soles, valiéndose para tal efecto, de una relación o núcleo familiar, pues en las cuentas de su presunto esposo se encontró el citado monto; que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito ..., que el dinero habría sido depositado en tales cuentas para ocultar la sociedad económica que mantenían y que al final, no pudieron ocultar el dinero debido a que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias.

Luego del proceso penal, en primera y segunda instancia la funcionaria pública fue condenada como autora del delito de enriquecimiento ilícito, en tanto que el presunto cónyuge —extraño— fue condenado como cómplice del citado delito.

Al interponerse el recurso extraordinario de Casación, por sentencia casatoria de fecha 06 de julio de 2016 (Casación N.° 782-2015-Del Santa, ponente Villa Stein), la Sala Penal permanente de la Corte Suprema casó la sentencia y absolvió a la funcionaria, y respecto del extraño afirmó que este no podía responder por un delito funcionarial. En efecto, en el fundamento II.10 de la Casación N.° 782-2015-Del Santa, se argumenta en forma errada, según mi criterio, lo siguiente:

> el artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el *status* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

Con este pronunciamiento judicial, se tornó lícito el origen del 1 028 703.44 soles que se encontró en las cuentas, dinero que de ninguna manera los procesados pudieron justificar su licitud en el proceso penal.

No obstante, este problema que generaba aplicar o no la teoría de la ruptura del título de imputación ha finalizado en nuestro sistema jurídico, pues es doctrina legal establecida lo siguiente:

> Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcionarial de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° CP por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: «*El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él*». Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional(26). (fundamento 14, Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116 del 12 de junio de 2017)

Además, para saber el límite temporal de la intervención del cómplice o instigador en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, el Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116 lo ha resuelto en forma razonable y plausible, sobre lo cual no hay mayor comentario que hacer. En efecto, en el fundamento 15 se deja establecido como doctrina legal vinculante lo siguiente:

> Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en del

(26) Cfr. Gálvez Villegas, Delito de Enriquecimiento Ilícito, 2001, p. 185.

delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcionarial del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcionarial que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401° del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de **ejecución continua y de consumación permanente** (Cfr. Yván Montoya Vivanco. Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Idehepucp. Lima.2015, p.125; Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 4. Ob. Cit., p. 81). El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcionarial una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcionarial. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición.

Finalmente, resulta claro que a los terceros que ayudan a ocultar al sujeto público el patrimonio ilícitamente obtenido les será atribuido el delito de receptación o lavado de activos; ello dependerá de la naturaleza de la actividad ilícita que haya generado el incremento del patrimonio del agente. Asimismo, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya su permanencia en el cargo, la conducta que desplegué aquel ya no será accesoria, sino autónoma, y deberá ser considerada también como lavado de activos.

2.6. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo solo es el Estado, único titular del bien jurídico protegido como es el recto y normal funcionamiento de la administración pública.

En los casos concretos en los cuales los particulares reclamen ser agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, estos deberán reconducir sus pretensiones por la vía civil correspondiente; no es factible que en sede penal se satisfaga sus expectativas de restitución o reparación civil (ROJAS VARGAS, 2002, p. 615).

2.7. Agravante por la calidad del agente

El segundo párrafo de la fórmula legislativa contenido en el 401 CP prevé la agravante del delito de enriquecimiento ilícito. Allí se dispone que la conducta del agente público se agrava y, por lo tanto, será merecedor de mayor sanción punitiva, cuando el cargo ha sido 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.

Para saber cuándo se agrava la conducta, debemos revisar las normas extrapenales, que bien pueden ser constitucionales o bien administrativas, donde normalmente se indica qué cargos son de alta dirección de las empresas y organismos estatales y también qué funcionarios tienen el privilegio del antejuicio y la acusación constitucional.

Por ejemplo, para saber qué altos funcionarios públicos tienen la prerrogativa del antejuicio, el operador jurídico no tiene otra alternativa que recurrir al artículo 99 de la Constitución vigente:

> Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes al Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los Vocales de la Corte Suprema; a los Fiscales Supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

De la forma como aparece construida la fórmula legislativa del artículo 401 CP, se deduce que estamos ante un delito solo de comisión dolosa; no cabe la comisión por culpa.

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de abuso del cargo o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud (Rojas Vargas, 2002, p. 622).

Solo es posible por dolo directo; no es posible su comisión por dolo eventual. El agente sabe y conoce en forma directa que los actos ilícitos que realiza abusando de su cargo incrementarán su patrimonio o, en su caso, su gasto económico personal. El abuso del cargo origina fuentes de enriquecimiento ilícito. Ambos aspectos son abarcados por el dolo directo.

Antes de la fórmula impuesta por la Ley N.° 29758, San Martín Castro et al. (2002, p. 221) sostenían que no parecen existir argumentos para bloquear la responsabilidad por dolo eventual en el caso donde el agente puede tener un conocimiento probable, no actual, pero actualizable, en torno a la vigencia del nexo funcional entre su conducta de enriquecimiento y el ejercicio del cargo. De igual modo, Gálvez Villegas (2001, p. 156) aseveraba que teóricamente es posible el dolo eventual.

Al simple querer enriquecerse por actos ilícitos le es connatural el ánimo de lucro. Situación que hace imposible separarlo del dolo como pretenden Abanto Vásquez (2003, p. 555). Igual no lo admiten San Martín Castro et al. (2002, p. 223). En cambio, Gálvez Villegas (2001, p. 155) afirma que por tratarse de un caso de enriquecimiento estará presente el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, constituido por el ánimo de lucro del sujeto público.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Es un delito de comisión activa y de resultado que se perfecciona con el real incremento significativo y contrastante del patrimonio del sujeto público por medio de fuentes funcionales o no funcionales, no conformes a derecho (por ello ilícitas) en un contexto de vinculación

por el ejercicio del cargo público durante un periodo temporal definido (ROJAS VARGAS, 2002, p. 623). No es de recibo lo que pretende enseñar Abanto Vásquez (2003, p. 56), siguiendo la doctrina argentina, en el sentido de que para la consumación del delito se necesita no solamente el enriquecimiento del sujeto público, sino el vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento.

Este aspecto lo tiene claro la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004 se consideró lo siguiente:

> 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 se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico —que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo— a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas —incluso disciplinarias— o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento, 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. (R. N. N.° 2976-2004-Lima, SAN MARTÍN CASTRO, 2006, p. 652)

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003 estimó

> 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 contraste no sustentado, en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho, en el contexto del desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio funcional bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. (R. N. N.° AV-09-2001-Lima, ROJAS VARGAS, 2005, p. 352)

En tanto que, en la ejecutoria suprema del 13 de agosto de 2008, la Suprema Corte de manera más coherente ha argumentado

que «se tiene como consumado el delito cuando el agente logra efectivamente un incremento real y significativo de su patrimonio, a través de fuentes delictivas no funcionales y de infracciones diversas» (R. N. N.° 326-2008-Lima).

Es un delito instantáneo que se consuma en el momento en que el agente público en forma real incrementa ilícitamente su patrimonio y ello puede producirse en periodos cortos o largos, pero antes que concluya el periodo de su cargo, en una actividad ilícita o en varias, etc. Lo importante es dejar establecido que el delito se consuma en el tiempo que el sujeto público realiza la actividad ilícita que origina el incremento desmedido del patrimonio. En la edición anterior de este libro considerábamos que «en consecuencia, no es un delito permanente que se produzca durante todo el periodo en que el sujeto público se encuentre trabajando para la administración pública». No obstante, tomando en cuenta la doctrina legal establecida en el Acuerdo Plenario N.° 3-2016/CJ-116, debemos convenir que se trata de un delito que efectivamente se puede dar en forma paulatina. Pero eso sí, debe concretarse necesariamente durante el periodo de gestión o competencia funcional que ejerce el sujeto público, esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible imputar un acto de enriquecimiento (fundamento 13)

La ejecutoria suprema del 13 de agosto de 2008 se ha pronunciado al respecto:

> [A]tendiendo al momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito —incremento real, significativo de su patrimonio— como se ha explicado anteriormente, no es posible considerarlo como un delito permanente que subsista en tanto el funcionario o servidor público continúe en ejercicio del cargo como equivocadamente sostiene la Sala Penal Superior, pues el delito se habría consumado con la realización de los actos jurídicos cuestionados y que originaron el incremento económico de sus bienes. (R. N. N.° AV-09-2001-Lima, Rojas Vargas, 2005, p. 352)

Se entiende que la fuente ilícita que origina el incremento patrimonial no puede ser tipificada en un tipo penal específico, caso contrario, si

—por ejemplo— el incremento patrimonial es consecuencia de un delito de peculado o colusión, el operador jurídico descartará el enriquecimiento ilícito. Por ello, se sostiene con propiedad que el enriquecimiento ilícito es un delito subsidiario (San Martín Castro et al., 2002, p. 156).

Por otro lado, consideramos que no es posible algún supuesto de tentativa, pues si no se evidencia o verifica un incremento desmedido y desproporcionado del patrimonio del agente público, no hay razón para que el derecho penal entre en acción. De admitirse la tentativa, debemos admitir que se podría estar investigando a todos los funcionarios y servidores públicos a fin de verificar si en algún momento pretenden incrementar en forma ilícita su patrimonio. Situación que razonablemente no es posible ni alegar en un Estado democrático de derecho.

Igual posición asumen Abanto Vásquez (2003, p. 556) y San Martín Castro et al. (2002, p. 249). En contra, Rojas Vargas, siguiendo a Castillo Alva, enseña que es admisible que se presenten actos de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos, lo cual supone la posibilidad de que se presente la figura del desistimiento voluntario a enriquecerse (2002, p. 624). En esta línea también Gálvez Villegas (2001, p. 163), quien sostiene que puede haber tentativa en aquellos delitos de mera actividad que requieren de varios actos para su consumación.

5. PENALIDAD

Si el agente del delito es acusado por alguno de los supuestos tipificados en el artículo 401 CP, 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.

En el caso que al agente se le atribuya alguno de los supuestos delictivos recogidos y sancionados en el segundo párrafo del artículo 401 (enriquecimiento ilícito cometido por altos funcionarios de la Nación) la pena privativa de la 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.

§ 33

LA PENA DE INHABILITACIÓN

Merece efectuarse un análisis de la pena de inhabilitación prevista para todos los delitos estudiados en el presente libro. El fundamento radica en que el contenido del artículo 426 CP ha sido modificado por la Ley N.° 29758 del 21 de julio de 2011 y, luego, por el Decreto Legislativo N.° 1243 de octubre de 2016. Finalmente, la Ley N.° 31178 del 28 de abril de 2021, ha modificado totalmente el contenido original de artículo 426. En efecto, el citado numeral ha quedado con la redacción siguiente:

> **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 36. La inhabilitación en este caso es de uno a cinco años.**
>
> **En el caso de los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 la pena de inhabilitación principal será de cinco a veinte años. En estos casos, será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:**
>
> 1. **El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella.**
> 2. **La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo.**

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

1. LA PENA DE INHABILITACIÓN

La pena de inhabilitación[27] es una de las penas limitativas de derechos previstas en el artículo 28 CP junto con las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres. Por lo tanto, la inhabilitación, que consiste en la privación y restricción de ciertos derechos o facultades del sentenciado como consecuencia de la realización de un delito (Peña Cabrera, 1994, p. 518; Velásquez Velásquez, 2002, p. 513), tiene la naturaleza jurídica de ser una pena propiamente dicha.

Aun cuando la pena privativa de libertad supone, esencialmente, la inhabilitación de derechos, esta última denominación se reserva en el Código Penal (artículo 36) para un grupo de situaciones que tienen como denominador común la privación temporal de derechos distintos a la libertad ambulatoria y que bien son propios de cargos públicos o profesiones, o bien son inherentes a determinadas situaciones jurídicas, como el comercio, la patria potestad, la tutela, la actividad regulada por ley, etc. (artículos 39 y 40 CP). Su justificación radica en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de estos por parte de quien resulta condenado luego de un debido proceso penal (Muñoz Conde y García Arán, 2001, p. 571).

Desde tiempo atrás, se ha criticado a la pena de inhabilitación aduciendo que es una pena infamante (Mapelli-Terradillos, citado por Peña Cabrera, 1994, p. 518), pues supone la privación deshonrosa de los cargos, derechos y honores del condenado, y que conduce a su auténtica «muerte civil»; sin embargo, esta crítica resultaba fundada

(27) Con más amplitud sobre los alcances de la pena de inhabilitación, su extensión y tiempo de duración, tanto principal como accesoria, así como las exigencias procesales para su imposición. Véase: Acuerdo plenario N.° 2-2008/CJ-116, aprobado por los vocales supremos de las salas penales de la Corte Suprema en el cuarto pleno jurisdiccional de fecha 18 de julio de 2008.

en épocas en las cuales el principio de política criminal de recurrir al derecho penal en última instancia —última ratio— no tenía real cabida. En aquella época, la inhabilitación era dispuesta al condenado de manera total y de por vida —la pena de inhabilitación se dividía en absolutas o relativas, artículo 27 CP de 1924, así como en perpetuas o temporales— para el ejercicio de sus derechos económicos, sociales, familiares y políticos. Tanto la inhabilitación absoluta como la perpetua comportaban o constituían lo que en la doctrina y legislación histórica se denominó la «muerte civil» del condenado (ROJAS VARGAS, 2004, p. 458), por lo que, en consecuencia, resultaba absurdo pretender la reinserción social de una persona en tales condiciones (PRADO SALDARRIAGA, 2000, p. 64). Los efectos eran que el condenado no podía ejercer muchos o todos sus derechos civiles, por el solo hecho de haber sido condenado a inhabilitación absoluta o perpetua. Además, se hacía muy poco la distinción del tipo de derechos que se suspendían por medio de la sentencia que, dicho sea de paso, no tenía la exigencia de ser debidamente motivada. De ahí que era normal alegar que se trataba de una muerte civil del condenado.

No obstante, en esta época de postmodernidad[28], no pueden sostenerse con crédito científico ni criterio razonable tales argumentos, pues la progresiva evolución de la teoría de las consecuencias jurídicas del delito ha limitado la imposición de la pena de inhabilitación a específicos casos en los que la privación del cargo o derecho tienen relación con el delito cometido, tanto cuando se aplican como

(28) Época que se opone a la modernidad que se revuelve en su crisis. «Es una crisis del racionalismo, de la razón totalizante, del absolutismo de la razón; esa razón formal, técnica, funcionalista que terminó siendo "arsenal del poder y la dominación". Una razón que impuso una mirada, que implantó un etnocentrismo, el europeo, con desconocimiento del "otro", el conquistado, el colonizado, el sometido. Una racionalidad que exaltó el progreso como proceso de imposición tecnológica desconocedor de los valores autónomos, de la memoria de las ciudades, de los pueblos, de sus gentes.... La razón, enarbolada por la Ilustración, finalmente no condujo a la libertad; impuso una soberbia del saber y pretendió también como el totalitarismo marxista, la uniformidad en el pensamiento y en la acción» (TOCORA, 2002, p. IX).

accesorias como si se aplican como principales o conjuntas a la pena privativa de libertad. Así mismo, la propia doctrina y las legislaciones se han preocupado por adecuar y limitar los alcances de la pena de inhabilitación a los principios rectores del derecho penal de un Estado social y democrático de derecho, en especial a los postulados de necesidad, proporcionalidad y resocialización, y la reorientan de modo que sea funcional a su utilidad preventiva, desterrando todo tipo de inhabilitación absoluta, es decir, se ha desterrado la idea de inhabilitar al condenado en todos sus derechos civiles políticos (Tocora, citado por VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p. 183). Además, se exige que el buen juez debe justificar o dar razones por las cuales inhabilita el ejercicio de determinado derecho civil al condenado. Y claro, si la inhabilitación es de naturaleza perpetua, la motivación debe y tiene que ser reforzada. Por tanto, la sentencia debe contener claramente las razones por las cuales se inhabilita al condenado, razones que, según nuestro sistema jurídico procesal penal —acusatorio garantista con ciertos o mínimos rasgos adversariales—, deben ser expresados, ante de nada, por el órgano requirente, como lo es el titular de la acción penal. En suma, en estos tiempos, no es apropiado hablar de «muerte civil» cuando nos referimos a la inhabilitación perpetua. Al condenado solo se le suspende determinados derechos o cargos, los demás los ejerce libre y ampliamente. En consecuencia, no hay muerte civil del condenado, más bien hay vida civil luego del cumplimiento de la condena. Claro está, si el agente no vuelve a cometer otro delito.

La pena de inhabilitación puede proporcionar una respuesta adecuada a un grupo de delitos cometidos, precisamente, en el ejercicio de ciertos derechos o cargos (MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN, 2001, p. 584). En el mismo sentido se pronuncia el profesor y juez supremo Prado Saldarriaga (2000, p. 64) cuando enseña que es indudable que el privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos es en esencia una alternativa punitiva, y que no puede ni debe ser dejada de lado, particularmente cuando el delito cometido ha significado un abuso ostensible de un derecho o de una facultad o atribución. Por su parte, Rojas Vargas (2004, p. 458) asevera que la inhabilitación no obstante

«su carácter infamante cumple una función de prevención especial, al significar una fuerte motivación para que el sentenciado readecue su conducta ulterior». De esa forma, la inhabilitación en cuanto pena tiene como objeto la restricción, la limitación y, en ciertos casos, la cancelación de los derechos del condenado, y se impone por lo general junto con la pena privativa de libertad —efectiva o suspendida— o a la multa, lo que incrementa la gravedad del marco punitivo impuesto (ROJAS VARGAS, 2004, p. 457).

Los derechos, las facultades, las funciones o cargos suspendidos deben tener una relación directa con el o los delitos objeto de sentencia, y debe determinarse tal vinculación expresamente en la sentencia. Esto quiere decir que el o los jueces no pueden inhabilitar al condenado del ejercicio de cualquier derecho o cargo. El juez no elige el derecho o cargo a suspender, sino que este es impuesto por la naturaleza del delito cometido y ha sido objeto de acusación. El derecho o cargo a suspender tiene que estar en directa relación con el delito objeto de condena, conforme así viene impuesto desde la ley.

En definitiva, con la pena de inhabilitación se 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. En parecido sentido, Manzanares Samaniego argumenta que «lo importante es apartar al peligroso de aquella concreta plataforma profesional que puede instrumentalizarse para delinquir» (citado por PRADO SALDARRIAGA, 2000, p. 65). El fin preventivo especial de la inhabilitación no reside tanto en la reeducación, sino en la efectiva eliminación de aquellas condiciones que podrían permitir la reiteración en el delito, como en forma acertada sostiene Ferrando Mantovani (Citado por ROJAS VARGAS, 2004, p. 458). De este modo, no le falta razón al brasileño Mirabete (citado por VILLAVICENCIO TERREROS, 2002, p. 183) cuando enseña que esta pena tiene mayor significado en la prevención especial, ya que priva al sentenciado de la práctica de ciertas actividades en que se muestra irresponsable o peligroso; se priva o limita al sentenciado de volver a realizar actividades en las cuales aparece evidenciado no

tiene el cuidado necesario o debido, con la finalidad de resguardar determinados bienes jurídicos. El objetivo final es proteger bienes jurídicos que son indispensables para vivir en una sociedad organizada, pacífica y soportable.

2. CLASES DE INHABILITACIÓN

Conforme al artículo 37 CP, y teniendo en cuenta el tiempo legal de duración, la pena de inhabilitación que se puede imponer al condenado es de tipo principal, accesoria, temporal y perpetua.

2.1. La inhabilitación como pena principal

La inhabilitación principal se impone en forma independiente, sin sujeción a ninguna otra pena —es decir, de manera autónoma—; aunque puede ser aplicada en forma conjunta con una pena privativa de libertad o de multa. La pena de inhabilitación como pena principal tiene un término de duración independiente a la pena privativa de libertad y, según el artículo 38 CP modificado por la Ley N.° 31178 de abril de 2021, se extiende de seis meses a diez años, salvo los supuestos de incapacidad definitiva a que se refieren los numerales 6, 7 y 9 del artículo 36 y los supuestos del artículo 426 CP; en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475 y en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106. En estos últimos supuestos el margen extremo de la inhabilitación principal temporal puede llegar a 20 años.

No obstante, es poco frecuente que se aplique como pena única. Por lo general, en la práctica siempre se aplica de modo conjunto con la pena privativa de libertad, además de que se precisa en el tipo especial específico la cantidad de pena a imponer (Rojas Vargas, 2004, p. 459).

Asimismo, por ejemplo, en el artículo 426 CP, modificado por la Ley N.° 31178 de abril de 2021, se prevé que los delitos previstos en los capítulos II y III de los delitos contra la administración pública, que no contemplan la pena de inhabilitación, son sancionados; además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36, la inhabilitación en este caso es de uno a cinco años.

En el caso de los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401, la pena de inhabilitación principal será de cinco a veinte años. En estos casos, será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1) el agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella; 2) la conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo; 3) el agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

2.2. La inhabilitación como pena accesoria

La inhabilitación accesoria, en cambio, no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, que por lo general es una privativa de libertad. Asimismo, es complementaria y castiga una acción que constituye una violación de los deberes especiales que impone un cargo, profesión, oficio o derecho. La pena de inhabilitación es accesoria cuando el delito cometido ha significado en su *modus operandi* la infracción de un deber o el abuso de una atribución o facultad especial previsto en el artículo 39 CP, y cuando se trata de delitos culposos de tránsito sancionado en forma expresa en el artículo 40 CP (Prado Saldarriaga, 2000, p. 66).

Tal como aparece la inhabilitación accesoria en el Código Penal de 1991, no cabe duda de que ella se cumple en el mismo tiempo que la pena privativa de libertad. No es posible su cumplimiento después de cumplida la pena privativa de libertad. Ello es así por tres circunstancias. Primero, siendo accesoria, le corresponde el destino de la principal, sin que pueda extenderse más o tener lugar luego de cumplida esta. Por tal circunstancia, en el tipo penal específico no se consigna la cantidad de pena a imponer. Segundo, en el sistema penitenciario, el interno conserva intactos sus derechos, salvo los que le fueron limitados judicialmente, lo que ocurre vía la pena de inhabilitación accesoria o principal conjunta —artículo 1 del Código de Ejecución Penal—. Y tercero, solo materializándose la inhabilitación accesoria durante la ejecución

de la pena principal resulta coherente con la intención legislativa de hacer inmediata la rehabilitación del condenado al cumplimiento de la sanción que dispone el artículo 69 CP vigente (Prado Saldarriaga, 2000, p. 66), el mismo que en el inciso 1 establece en forma taxativa que la rehabilitación «no produce el efecto de reponer en los cargos, comisiones o empleos de los que se le privó» al sentenciado.

En otro aspecto, resulta importante precisar que cuando la inhabilitación es accesoria la clase de ella a imponer queda sujeta a la labor de determinación judicial que realizará la autoridad jurisdiccional en el caso concreto, conforme a la naturaleza del delito y a la violación de deberes por parte del acusado, de conformidad a lo prescrito en los artículos 36 y 39 CP.

Aquí, aparte de la pena privativa de libertad, se impondrá la pena accesoria de inhabilitación cuya duración se extiende por el tiempo de la pena principal, que en la generalidad de los casos es la privativa de libertad, ello según la última parte del artículo 39 CP[29]. No obstante, el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta el Acuerdo Plenario N.° 2-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, que ha estableció como precedente vinculante: «El artículo 39 del Código Penal debe interpretarse sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el artículo 38 de ese Cuerpo de Leyes. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años».

Con las modificaciones que se han efectuado a ley penal respecto a la inhabilitación, este precedente jurisprudencial ha quedado desfasado en cuanto a sus términos; sin embargo, para efectos de interpretar los plazos del artículo 39 CP, sigue teniendo vigencia. En efecto, la última parte del citado numeral precisa que la inhabilitación accesoria «se extiende por igual tiempo que la pena principal». De ahí que el precedente haya aclarado que debe entenderse que la inhabilitación accesoria se entiende por igual tiempo que la inhabilitación principal. Ahora bien, lo accesorio jamás puede ser mayor a lo principal; en consecuencia, la inhabilitación accesoria jamás puede ser por un tiempo mayor que la inhabilitación principal. Esta última pone el tope. En suma, la pena de

(29) Respecto a la evolución legislativa y jurisprudencial de la pena de inhabilitación en nuestro sistema jurídico. Véase: Yshií Meza, 2013, pp. 401-424.

inhabilitación accesoria, en el caso más extremo, tendrá una duración máxima de 20 años en el sistema jurídico penal peruano vigente, ello si tomamos en cuenta la pena temporal fijada para los delitos contra la administración pública en el artículo 426 CP modificado con la Ley N.° 31178 de abril de 2021.

Aquí resulta prudente seguir al español Gonzalo Quintero Olivares (1996), quien, interpretando el Código Penal español, sostiene que la inhabilitación cuando es accesoria no puede admitirse con facilidad:

> El condenado pierde la libertad, y no es poco. La adición de otras privaciones no puede considerarse en principio, acorde con lo que declara el artículo 25 de la CE. Por lo tanto, es preciso extremar, en tales supuestos, el cuidado en la apreciación de la relación con el delito cometido. (p. 525)

2.3. Inhabilitación temporal

Por el tiempo de duración de la inhabilitación, esta puede ser temporal o perpetua. Es temporal debido a que legislativamente se ha impuesto un límite al tiempo de duración de la inhabilitación. Si es de tipo principal, según el artículo 38, puede durar de seis meses hasta 10 años. No obstante, en el caso de los delitos contra la administración pública, precisados en el artículo 426 CP, la pena de inhabilitación puede alcanzar hasta 20 años.

En caso de la pena de inhabilitación accesoria, el límite temporal máximo siempre será el máximo de la inhabilitación principal.

2.4. Inhabilitación perpetua

Cuando se trata de inhabilitación perpetua, se recuerda a lo que históricamente se denomina «muerte civil» del condenado; sin embargo, no tiene parecido alguno, pues, según nuestro sistema jurídico, al condenado se le inhabilita de manera perpetua para ejercer determinados y puntuales derechos. En el caso de los delitos contra la administración pública, se le inhabilitará de manera definitiva, si fuera el caso, los derechos previstos en los incisos, 1, 2, 4 y 8 del artículo

36, esto es, privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia; y 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. Quedando vigentes los demás derechos que reconoce la Constitución y la ley a los ciudadanos peruanos.

De este modo, no se aniquila civilmente al condenado, pues simplemente se le recortan determinados derechos. Entonces, puede ejercer otros derechos para subsistir con su familia luego de cumplir la pena privativa de libertad impuesta. El recorte de derechos tiene su explicación en el hecho concreto de que, si el condenado no fue fiel ni leal al Estado y, por el contrario, lo defraudó en su condición de funcionario o servidor público, es razonable que el Estado ya no vuelva a tenerlo como su trabajador. El Estado no puede ser ingenuo de albergar nuevamente como su trabajador a un ciudadano que anteriormente lo defraudó. Si hay un puesto de trabajo dentro del Estado, es natural, lógico y coherente que otro ciudadano peruano ocupe esa plaza. No hay razón para volver a dar oportunidad a aquel que, por ejemplo, defraudó patrimonialmente al Estado. Incluso, aquí la pena de inhabilitación cumple un rol de prevención general positiva trascendente.

Ese es el sentido, por ejemplo, del artículo 426 CP:

> En el caso de los delitos tipificados en los artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 CP la pena de inhabilitación principal será perpetua cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella. 2. La conducta recaiga sobre programas con fines asistenciales, de apoyo o inclusión social o de desarrollo. 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana. En, *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro homenaje a Claus Roxin* (t. 1). Instituto Nacional de Ciencias Penales.

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano* (2.ª ed.). Palestra Editores.

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2005). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (17).

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Grijley.

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2020). Modelos de protección penal del patrimonio público. En Martínez Huamán (Dir.), *La corrupción*. Editores del Centro.

ABANTO VÁSQUEZ, M. y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (2019). *El delito de tráfico de influencias*. Instituto Pacífico.

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (1999). *Serie de Jurisprudencia N.° 1.*

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. (2000). *Serie de Jurisprudencia N.° 3 y 4.*

AGUILÓ REGLA, J. (2004). *La Constitución del Estado constitucional*. Palestra-Temis.

ALCOCER POVIS, E. (2009). *La inclusión del enemigo en el Derecho Penal*. Editorial Reforma.

ALCOCER POVIS, E. (2018). *Introducción al Derecho Penal. Parte general*. Jurista editores.

Alcocer Povis, E. (s. f.). La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. En *Actualidad jurídica* (t. 142).

Álvarez Dávila, F. (2020). El injusto típico en el delito de negociación incompatible. En García Cavero y Vílchez Chinchayán (Dirs.). *Delitos contra Administración Pública*. Editorial Ideas.

Álvarez Dávila, F. (2022). Tres aspectos problemáticos del delito de negociación incompatible. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta jurídica.

Álvarez García, F. J. (Dir.). (2013). *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Amoretti Pachas, M. (2017). *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*. Grijley.

Ángeles Gonzáles, F., Frisancho Aparicio, M. y Rosas Yataco, J. (1997). *Código Penal. Comentado, concordado, anotado y jurisprudencia* (t. 3). Ediciones Jurídicas.

Apaza Mamani, H. (2019). El funcionalismo penal frente al problema de la participación delictiva en los delitos de infracción de deber. *Actualidad penal*, (65).

Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos con la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto pacífico.

Armaza Galdós, J. y Zavala Toya, F. (1999). La decisión judicial. Para leer el derecho positivo a través de la jurisprudencia. *Gaceta Jurídica*.

Atienza Rodríguez, M. (2004). *Bioética, Derecho y argumentación*. Palestra-Temis.

Atienza Rodríguez, M. (2016). *La guerra de las falacias. ¿Cómo hacer frente a los malos argumentos en la esfera pública?* Grijley.

Ávalos Rodríguez, C. y Robles Briceño, M. (2005). Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema. *Gaceta Jurídica*.

Asencio Mellado, J. M. (s. f.). *La lucha contra la corrupción*. Notario del siglo XXI. https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista%E2%80%9032/1149%E2%80%90el%E2%80%90delito%E2%80%9

0de%E2%80%90enriquecimiento%E2%80%90ilicito%E2%80%900%E2%80%908977476143257205

Baca Cabrera, D., Rojas Vargas, F. y Neyra Huamán, M. (1999). *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*. Gaceta Jurídica.

Baca Cabrera, D., Rojas Vargas, F. y Neyra Huamán, M. (1999). *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la corte Superior de Lima 1998* (t. 3). Gaceta Jurídica.

Bacigalupo, E. (1987). *Derecho penal. Parte general*. Hammurabi.

Bacigalupo, E. (1998). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Temis.

Bacigalupo, S. (2004). Las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (14).

Barrios Alvarado, E. (2010). El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público. *Gaceta penal y procesal penal*, 169-177.

Beltrán Calfurrapa, R. (2021). *Pena, motivación y control. Análisis del proceso de individualización judicial de la pena y su justificación argumentativa en sede jurisdiccional*. Tirant lo Blanch.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (1996). *Lecciones de Derecho penal*. Praxis.

Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coord.). (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal:* t. 1. *Introducción al Derecho Penal* (2.ª ed.). Iustel.

Bernal Pinzón, J. (1995). *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*. Temis.

Bustos Ramírez, J. (1984). *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*. Temis.

Bustos Ramírez, J. (1984). *Manual de Derecho penal español*. Ariel.

Bustos Ramírez, J. (1991). *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*.

Bustos Ramírez, J. (1991). *Manual de Derecho penal. Parte especial* (2.ª ed.). Ariel.

Bustos Ramírez, J. (2003). *Política criminal. Principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa. Libro Homenaje a Luis Bramont-Arias*.

Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras completas* (t. 1 y 2). Ara editores.

Bustos Ramírez, J. (2004). Criminología crítica y Derecho penal. *Nuevo Foro Penal*.

BRAMONT-ARIAS, L. (1990). *Temas de Derecho penal* (t. 2, 3 y 4). Editorial San Marcos.

BRAMONT-ARIAS, L. y BRAMONT-ARIAS TORRES, L. (1995). *Código Penal anotado*. Editorial San Marcos.

BRAMONT-ARIAS TORRES, L. (1997). *El delito informático en el Código Penal peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BRAMONT-ARIAS TORRES, L. (2000). *Jurisprudencia en materia penal* (vol. 3). Consejo de Coordinación Judicial.

CABALLERO HUAYLLANI, J. (2022). El delito de malversación de fondos agravada. A propósito del art. 2 de la Ley N.° 31178. *Actualidad penal*, (102).

CÁCERES JULCA, R. (2012). *El delito de peculado: aspectos sustantivos y procesales*. Idemsa.

CANCHO ESPINAL, C. Esbozo sobre la significación axiológica del derecho penal. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

CARO JOHN, J. A. (2003). Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana. En, *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje Al profesor Günther Jakobs* (t. 2). Universidad Externado de Colombia.

CARO JOHN, J. A. (2003a). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley.

CARO JOHN, J. A. (2003b). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*.

CARO JOHN, J. A. (2010a). *Dogmática penal aplicada 4*. Ara editores.

CARO JOHN, J. A. (2010b). *Normativismo e imputación jurídico-penal*. Ara editores.

CARO JOHN, J. A. (2012). La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo. *Revista jurídica Derecho y Sociedad*, (39). Pontificia Universidad Católica del Perú.

CARO JOHN, J. A. (2015a). La autoría delictiva del funcionario público. *Ius Puniendi*, 2.

CARO JOHN, J. A. (2015b). Recensión a Ricardo Robles Planas (Dir.), La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la

actualidad, BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2014. *InDret, revista para el análisis del derecho*, (1).

Caro John, J. A. (2020). La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos. En Martínez Huamán (Dir.), *La corrupción*. Editores del Centro.

Caro John, J. A. (2021). *Revisión crítica de la teoría del dominio del hecho. Libro homenaje en memoria del profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Castillo Alva, J. L. (2002). *Principios de derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica.

Castillo Alva, J. L. (2001). El caso Joy Way. Sus connotaciones penales y tributarias. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (33).

Cerina, G. D. *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Castro Cuenca, C. Análisis criminológico y político criminal de la corrupción. En Martínez Huamán (Dir.). *La corrupción*. Editores del Centro.

Cerezo Mir, J. (1990). *Curso de Derecho penal español. Parte general* (t. 1). Tecnos.

Cerezo Mir, J. (2002). *Temas fundamentales del derecho penal* (t. 1 y 2). Rubinzal- Culzoni editores.

Cobo del Rosal, M. y Mourollo, G. R. (1988). *Derecho penal. Parte especial* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Cobo del Rosal, M. y Tomás Vives, A. (1991). *Derecho penal. Parte general*. Tirant lo Blanch.

Código Penal español, Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal.

Código Penal alemán, del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1998 (C. López Díaz, Trad.). Universidad Externado de Colombia.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019, 6 de diciembre). Informe: corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA.

Corcoy Bidasolo, M. (2013). Problemas político-criminales y procesales en la persecución de los delitos de corrupción. En F. Heydegger (Coord.). *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Cugat Mauri, M. (2013). Negociaciones prohibidas. En Álvarez García (Dir.) *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Cugat Mauri, M. (2020). Elementos subjetivos del delito y límites de las *Compliance* anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación. En Martínez Huamán (Dir.), *La corrupción.* Editores del Centro.

Creus, C. (1990). *Derecho penal. Parte especial* (t. 2). Astrea.

Creus, C. (1981). *Delitos contra la administración pública.* Astrea.

Creus, C. (1993). *Esquema de Derecho penal. Parte general.* Astrea.

Chanjan Documet, R. (2012). El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. En, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP.

Chanjan Documet, Torres Pachas y Gonzales Cieza. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. IDEHPUCP-NED.

Córdova Roda, J. (1962). *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*. Bosch.

Córdova Roda, J. (1978). *Comentarios al Código Penal* (t. 3). Ariel.

Chocano Rodríguez, R. y Valladolid Zeta, V. (2022). *Jurisprudencia penal*. Jurista editores.

De Toledo, Octavio, Ubiedo, E. y Huerta Tocildo, S. (1986). *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito* (2.ª ed.).

De Trazegnies Granda, F. (1993). *Postmodernidad y Derecho*. Temis.

Demetrio Crespo, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Demetrio Crespo, E. (2010). Crítica al funcionalismo normativista. *Revista de Derecho penal y criminología*, (3), 13-26.

Demetrio Crespo, E. (Coord.). (2015). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Teoría del delito* (2.ª ed., t. 2). Iustel.

Defensoría del Pueblo. (2017, mayo). *Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción N.° 1.*

De la Cuesta Aguado, P. M. (2013). Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública. En Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Díaz y García-Conlledo, M. (1991). *La autoría en Derecho Penal*.

Díaz y García-Conlledo, M. (2018). *Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias. Libro homenaje al profesor Claus Roxin*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Díaz y García-Conlledo, M. (2019). La influencia de la teoría de la coautoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. En Urquizo Olaechea (Dir.), *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa*. Taller de dogmática penal UNMSM-Ideas.

Donna, E. A. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Rubinzal-Culzoni.

Du Puit, J. (2003). Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia. *Anuario de Derecho Penal*.

Enriquez Sumerinde, V. (2015). El delito de enriquecimiento ilícito y su investigación en el marco del Código Procesal Penal de 2004. *Revista Actualidad Penal, 18*.

Espinoza Goyena, J. (2013). *La jurisprudencia penal de la Corte Suprema. En lo sustantivo Código de Procedimientos Penales y nuevo Código Procesal Penal 2007-2011*.

Falcone, A. (2017). Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido. *InDret. Revista para el análisis del derecho,* (3).

Feijoó Sánchez, B. (2000). *Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*.

Feijoó Sánchez, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley.

Feijoó Sánchez, B. (2004). Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho penal español y el Derecho penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (15).

Feijoó Sánchez, B. (2006). El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho. *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, (16).

Feijoó Sánchez, B. (2013). Delitos contra la administración pública. Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. En F. Heydegger Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Félix tasayco, G. (2018). *Gestión pública de la administración de justicia*. Grijley.

Fernández Carrasquilla, J. (1989). *Derecho penal fundamental* (2.ª ed., vol. 2) Temis.

Ferreira Delgado, F. (1995). *Delitos contra la administración pública* (3.ª ed).

Fontán Balestra, C. (2013). *Tratado de Derecho penal. Parte especial* (16.ª ed.). Abeledo-Perrot.

Frisch, W. (1995). *Tipo penal e imputación objetiva*. Colex.

Frisancho Aparicio, M. y Peña-Cabrera, R. (1999). *Delitos contra la administración pública*. Fecal.

Galgano, F. (Coord.). (2000). *Atlas de Derecho privado comparado* (J. Fernández Campos y R. Verdera Server, trad.). Fundación Cultural del Notariado.

Gálvez Villegas, T. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Idemsa.

Gálvez Villegas, T. (2013). Enriquecimiento ilícito y lavado de activos. Criterios político-criminales, subsidiaridad, delito previo y concursos. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Gálvez Villegas, T. (2015). El delito de enriquecimiento ilícito, autonomía o subsidiaridad. *Ius Puniendi*, *2*.

García Arán, M. (2004). Esclavitud y tráfico de seres humanos. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (14).

García Cavero, P. (2002). El concepto jurídico-penal de funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta jurídica.

García Cavero, P. (2003). El artículo 27 del Código Penal. El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. *Anuario de Derecho penal*.

García Cavero, P. (2003). La imputación penal en el seno de la empresa. En, *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs* (t. 2). Universidad Externado de Colombia.

García Cavero, P. (2005). La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú. En, *Libro Homenaje a Günther Jakobs*. Ara editores.

García Cavero, P. (2008). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general.* Grijley.

García Cavero, P. (2014). La responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos. En Castañeda Otsu (Coord.ª). *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*. Jurista Editores.

García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal. Parte general* (3.ª ed.). Ideas.

García Cavero, P. y Castillo Alva, J. L. *El delito de colusión*. Grijley.

García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el Derecho* (2.ª ed.). Palestra editores.

García Navarrete, E. (2004). *El delito de abuso de autoridad*. Grijley.

Gimbernat Ordeing, E. (1966). *Autor y cómplice en Derecho Penal.*

Gimbernat Ordeing, E. (1970). Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal. *Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del Derecho.*

Gimbernat Ordeing, E. (1990). *Estudios de Derecho penal.* Tecnos.

Gimbernat Ordeing, E. (2003). La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión). *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (13).

Gómez Colomer, J. L. (1999). *El proceso penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra editores, Lima, 1999.

Gómez-Jara Díez, C. (Ed.). (2005). *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Comares.

Gómez Guillamón, R. (2007). *Código Penal* (11.ª ed.). Colex.

Gómez Martín, V. (2006). *Los delitos especiales.* BdeF.

Gómez Martín, V. (2014). Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español. En Robles Planas (Dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*. BdeF.

Gómez Méndez, A. y Gómez Pavajeau, C. (2004). *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000* (2.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Gómez Mendoza, G. (1996). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (t. 2). Idemsa.

Gómez Mendoza, G. (1999). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema* (t. 4). Rodhas.

Guimaray Mori, E. (2015). Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios. En, *Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú. IDEHPUCP.*

Guimaray Mori, E. (2019). Sobre las implicancias económicas de la gran corrupción y su relación criminológica con el derecho penal. *Actualidad penal*, (55).

Guimaray Mori, E. y Rodríguez Vásquez, J. (2015). Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales. *Ius et Veritas*, (51).

Greco, L. (2017). *Complicidad a través de acciones neutrales. La imputación objetiva en la participación* (C. Lazcano y D. Peretti, Trad.). Hammurabi.

Hassemer, W. (1984). *Fundamentos del Derecho penal*. Bosch.

Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad*. Tirant lo Blanch.

Hassemer, W. (2003). *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*. Instituto nacional de ciencias penales.

Hava García, E. (2013). Prevaricación de los funcionarios públicos. En Álvarez García (Dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Hernandez Placencia, J. (1966). *La autoría mediata en Derecho Penal.*.

Hormazabal, H. (1991). *Bien jurídico y Estado social democrático de Derecho*.

Hirsch, H. J. (2005). *Derecho Penal. Obras completas* (t. 1, 2, 3, 4 y 5). Rubinzal-Culzoni editores.

Huerta Guerrero, L. (2012). Prevención y sanción de la corrupción. Una perspectiva constitucional. En, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP.

Hugo Álvarez, J. (2000). *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*. Gaceta Jurídica.

HUGO ÁLVAREZ, J. (2013). El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

HURTADO POZO, J. (1979). *La ley importada, recepción del Derecho penal en el Perú*. Cedys.

HURTADO POZO, J. (1987). *Manual de Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Eddili.

HURTADO POZO, J. (2006). Interpretación y aplicación del artículo 400 del Código Penal del Perú. Delito llamado de tráfico de influencias. *Anuario de Derecho penal 2005 [Interpretación y aplicación de la ley penal]*.

HRUSCHKA, J. *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (P. Sánchez Ostiz, Trad.). Thomas Arizandi.

JAREÑO LEAL, Á. La justificación del contrato público y el control del expediente de contratación como formas de prevenir los delitos de corrupción. En Martínez Huamán. (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta jurídica.

JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*, (Cuello Contreras y Serrano González, Trads.). Marcial Pons.

JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte general* (Cuello Contreras y Serrano Gonzales, Trads.) (2.ª ed.).

JAKOBS, G. (1997). *Estudios de Derecho penal* (Cancio Meliá, Peñaranda Ramos y Suarez González, trads.). Civitas.

JAKOBS, G. (2000). *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*. Palestra.

JAKOBS, G. (2000). La omisión: estado de la cuestión. En Silva Sánchez (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito.* Civitas.

JAKOBS, G. (2001). *La imputación objetiva en Derecho penal* (Cancio Meliá, Trad.). Grijley.

JAKOBS, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídica-penal.* Civitas.

JAKOBS, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson/Civitas.

JAKOBS, G. (2005). ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y

protección de la vigencia de la norma. En G. Yacobucci (Dir.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje a Günther Jakobs*. Ara Editores.

JAKOBS, G. (2005). La idea de la normatividad en dogmática jurídico-penal. En G. Yacobucci (Dir.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje a Günther Jakobs*. Ara Editores.

JAKOBS, G. (2008). *El Derecho penal como disciplina científica* (A. Van Weezel, Trad.). Thomson/Civitas.

JAKOBS, G. (2020). *¿Protección de bienes jurídicos?* (P. R. Alflen, Trad.). IBdeF.

JAKOBS, G. y CANCIO MELIA, M. (2000). *El sistema funcionalista del Derecho Penal.*

JESCHECK, H.-H. (1981). *Tratado de Derecho penal* (vol. 1 y 2). Bosch.

JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte general* (M. Olmedo, Trad; vol. 2 y 5). Instituto pacífico.

KINDHAUSER, U. (2011). Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho J. P. Mañalich, Trad.). *Revista de Estudios de la Justicia*, (14).

LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.). (2015). *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (3.ª ed). Colex.

LESCH, H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Trad.). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, *48*(3).

LESCH, H. (1995a). *Intervención delictiva e imputación objetiva* (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Trad.). Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ BARGA DE QUIROGA, J. (1996). *Autoría y participación.*

MAITA DORREGARAY, S. (2014). Interpretación del tipo penal de patrocinio ilegal. En Castañeda Otsu (Coord.ª), Nuevo *proceso penal y delitos contra la administración pública*. Jurista editores.

MARQUEZ CISNEROS, R. (2023). La legitimidad del delito de pertenencia a organizaciones criminales. Un análisis desde el principio de lesividad. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

MARTÍNEZ HUAMÁN, R. (2020). *Delito de colusión. Doctrina y jurisprudencia*. Editores del Centro.

Martínez Huamán, R. (2020). Delito de colusión: cuestiones problemáticas del art. 384 CP. En Martínez Huamán (Dir.), *La corrupción.* Editores del Centro.

Martínez Huamán, R. (2022). El delito de peculado: cuestiones nucleares. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales.* Gaceta Jurídica.

Martínez Huamán, R. (2022). El delito de concusión: análisis del artículo 382 del Código Penal. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales.* Gaceta Jurídica.

Mazuelos Coello, J. (2003). El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual. *Anuario de Derecho penal.*

Mazuelos Coello, J. (2003). El bien jurídico penal. En, *Libro Homenaje a Luis Bramont-Arias.*

Meini Méndez, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito.* Fondo editorial PUCP.

Meini Méndez, I. (2005). Responsabilidad penal del superior jerárquico. En, *Libro Homenaje a Günther Jakobs. Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI.*

Meini Méndez, I. (2006). Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional.*

Mendoza Yana, D. (2022). Profundización de la crítica contra los delitos de infracción de deber. ¿Hasta qué punto es soportable su aceptación o recepción en el Perú? En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales.* Gaceta jurídica.

Milla Vásquez, D. (2023). Restricción de los beneficios penitenciarios por delitos de crimen organizado, terrorismo y delitos conexos. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros.* Grijley.

Milla Vásquez, D. (2020). Los beneficios penitenciarios en los delitos de corrupción de funcionarios. En Martínez Huamán (Dir), *La corrupción.* Editores del Centro.

MIR PUIG, S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel.

MIR PUIG, C. (2000). *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Bosch.

MIR PUIG, C. (2013). Sobre la reforma de los delitos de malversación en el anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

MIR PUIG, C. (2015). La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 68, (1).

MIR PUIG, S. (2016). *Derecho Penal. Parte general* 10.ª ed. Reppertor.

MIR PUIG, C. (2016). *Comentarios a los delitos contra la administración pública*. Instituto Pacífico.

MIXÁN MÁSS, F. (1996). *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG.

MIXÁN MÁSS, F. (2006). *Lógica enunciativa y jurídica* (4.ª ed.) Carrera.

MONTEALEGRE LYNETT, E. y PERDOMO TORRES, J. (2005). Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs. En G. Yacobucci (Dir.), *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Ara Editores.

MONTOYA VIVANCO, Y. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión. En, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP.

MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). Ética pública e integridad institucional en los servidos de justicia. En *Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*, IDEHPUCP.

MONTOYA VIVANCO, Y. y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, J. (2018). ¿jurisprudencia penal en disputa? sobre el peligro irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción. *Actualidad Penal,* (47).

MORILLAS CUEVA, L. (2016). *Sistema de Derecho penal. Parte especial. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal* (3.ª ed.). Dykinson.

MORSELLI, E. (1992). *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*. Temis.

Muñoz Conde, F. (1991). *Teoría general del delito* (2.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2000). *Derecho penal. Parte general* (4.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (2001). *Derecho penal. Parte especial* (13.ª ed.). Tirant lo Blanch.

Novak, F. y Nomihas, S. (2004). *Derecho internacional de los Derechos humanos*. AMAG.

Novak, F. y Nomihas, S. (2005). *Manual de Derecho penal. Parte general I* (3.ª ed.) Grijley.

Oré Sosa, E. (2022). *Delictum.* Apuntes de *Derecho penal.* Editores del centro, Universidad de Piura.

Ossandón, M. M. (2006). Delitos especiales y de infracción de deberes en el anteproyecto de Código Penal. *Revista electrónica semestral de políticas en materias penales*, *1*(1).

Otto, H. (2017). *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal* (J. R. Béguelin, Trad.) (7.ª ed). Atelier.

Paoli, L. (2020). Mafia y crimen organizado en Italia. El éxito desconocido de la represión. En *Corrupción, crimen organizado, lavado de activos, financiamiento de terrorismo y compliance. Libro homenaje a Fernando Velásquez Velásquez*. Instituto pacífico, 2020.

Pariona Arana, R. (2006). Participación en delitos especiales. En, *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Ara editores.

Pariona Arana, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias. *Gaceta Penal y Procesal Penal,* 69-83.

Pariona Arana, R. (2012). La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad? En, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP.

Pariona Arana, R. (2012). La lucha contra la corrupción en el Perú: el proceso, la experiencia y las lecciones. En, *La lucha contra la corrupción en el Perú, el modelo peruano: la experiencia de las Procuradurías anticorrupción.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Pariona Arana, R. (2013). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias. En Francisco Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

PARIONA ARANA, R. (2014). La autoría mediata en los delitos de infracción de deber. En *Libro homenaje al profesor Bernd Schünemann*. Gaceta Jurídica.

PARIONA ARANA, R. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.

PARIONA ARANA, R. (2017). *Teoría del delito 2.0*. Adrus editores.

PARMA, C. (2016). *Teoría del delito, límites de la autoría y participación criminal, error, delito de peligro, escuelas y tentativa*. Ediciones jurídicas de Santiago.

PAWLIK, M. (2008). El funcionario policial como garante de impedir delitos. *InDret, revista para el análisis del derecho*.

PEÑARANDA RAMOS, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*.

PEÑARANDA RAMOS, E. (2014). Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber. En Robles Planas (Dir.), *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*. BdeF.

PEÑA CABRERA, R. (1993). *Tratado de Derecho penal. Parte especial* (t. 2). Ediciones Jurídicas.

PEÑA CABRERA, R. (1994). *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general* (5.ª ed.). Grijley.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2013). Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas político-criminales. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2014). La no devolución de viáticos: ¿delitos de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delitos de infracción de deber vs. delitos de dominio. En búsqueda de un criterio material. En Castañeda Otsu (Coord.ª), *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*. Jurista editores.

PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2015). Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial. *Actualidad penal*, (12).

PÉREZ ALONZO, E. (1998). La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal.

PÉREZ MANZANO, M. (1998). *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*.

Pérez Arroyo, M. (2006). *La evolución de la jurisprudencia en el Perú* (2001-2005) (t. 2). Editorial San Marcos.

Pérez López, J. (2010). El delito de enriquecimiento ilícito: tratamiento legal y doctrinal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 179-191.

Pérez Lledó, J. A. (2006). *La enseñanza del Derecho. Dos modelos y una propuesta.* Palestra editores.

Pezo Roncal, C. (2014). *El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito* [Tesis de mestría, Pontificia Universidad Catolica del Perú].

Poder Judicial del Perú. (1993). *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Año judicial 1990* (t. 78).

Poder Judicial del Perú. (1998). *Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Año judicial 1994* (t. 83).

Polaino-Ort, M. (2006). *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto.* Grijley.

Portocarrero Hidalgo, J. (1996). *Delitos contra la administración pública.* Editora Jurídica Portocarrero.

Portocarrero Hidalgo, J. (2008). *Precedentes Vinculantes en Materia Penal.* Instituto de Ciencia Procesal Penal, Editorial Reforma.

Prado Saldarriaga, V. (1985). *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco.

Prado Saldarriaga, V. (1994). Reformas en los delitos contra el patrimonio. Comentarios a las Leyes 26319 y 26326. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (4).

Prado Saldarriaga, V. (1996). *Todo sobre el Código Penal.* Idemsa.

Prado Saldarriaga, V. (1998). La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿una solución al fraude colectivo? *Revista de la Academia de la Magistratura*, (1).

Prado Saldarriaga, V. (1999). Derecho *penal, jueces y jurisprudencia.* Palestra.

Prado Saldarriaga, V. (2000). *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú.* Gaceta Jurídica.

Prado Saldarriaga, V. (2006). *Criminalidad organizada.* Idemsa.

Prado Saldarriaga, V. (2009). *Nuevo proceso penal: reforma y política criminal.* Idemsa.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2010). *Determinación Judicial de la pena y acuerdos plenarios*. Idemsa.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2016). *Consecuencias jurídicas del delito*. Idemsa.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2016). *Criminalidad organizada. Parte especial*. Instituto Pacífico.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2017). *Delitos y penas. Una aproximación a la Parte Especial*. Ideas.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo editorial PUCP.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2018). Lavado de activos y Política Criminal: presente y futuro. En José Hurtado Pozo (Dir.), *Anuario de Derecho Penal 2015-2016. Problemas actuales de política criminal*. Fondo Editorial PUCP.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2018). Mitos y realidades del castigo penal. En G. Lamas Suarez (Coord.), *Libro homenaje* al profesor Luis Roy Freyre. Editorial Instituto Pacífico.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2023). El análisis estratégico político de la criminalidad. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

PRADO SALDARRIAGA, V. y HURTADO POZO, J. (Coaut.). (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (4.ª ed., t. 1 y 2). Idemsa.

REAÑO PESHEIRA, J. (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios. Una visión crítica a partir del caso Montesinos. *Ius et Veritas*, (23).

REAÑO PESHEIRA, J. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista editores.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2013). La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal. En F. Heydegger (Coord..), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2014). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Pacífico editores.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2014). *Autoría y participación en el delito. Régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial*, Gaceta jurídica.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*, Jurista editores.

Reyna Alfaro, L. (2013). El concepto penal de funcionario público, desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública.* Idemsa.

Ricra Mayo, H. (2023). La pena de inhabilitación perpetua, imposición y cese de sus efectos en la legislación penal peruana. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

Rosales Artica, D. (2022). El delito de patrocinio ilegal de intereses de particulares ante la administración pública. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta jurídica.

Quintano Ripollés, A. (1962). *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Editorial Revista de Derecho Privado.

Quintero Olivares, G. (1992). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.

Quintero Olivares, G. (1996). *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons.

Quispe Farfán, F. (2001). *El derecho a la presunción de inocencia*. Palestra editores.

Reaño Pesheira, J. (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios. Una visión crítica a partir del caso Montesinos. *Ius et Veritas*, (23).

Reaño Pesheira, J. (2003). El error de tipo en el Código Penal peruano. *Anuario de Derecho Penal*.

Reaño Pesheira, J. (2005). Sobre los fundamentos de la exención de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa. En, *Libro Homenaje a Günther Jakobs*.

Reaño Pesheira, J. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista editores.

Reátegui Sánchez, J. (2013). La infracción penal por peculado culposo: análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Retamozo, A. y Ponce, A. M. (1994). *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Idemsa.

Reyna Alfaro, L. (2013). El concepto penal de funcionario público, desarrollos doctrinales y jurisprudenciales. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Roca De Agapito, L. (2013). El delito de peculado en España y en Perú En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Roca De Agapito, L. (2013). Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales. En Álvarez García (Dir.). *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Roca De Agapito, L. (2013a). Malversación. En Álvarez García (Dir.). *Tratado de Derecho penal español. Parte especial III. Delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Tirant lo Blanch.

Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons.

Robles Planas, R. (2012). Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión). *InDret, revista para el análisis del derecho*, (2).

Robles Planas, R. (2013). Deberes negativos y positivos en Derecho penal. *InDret, revista para el análisis del derecho*, (4).

Robles Planas, R. (2015). *Estudios de dogmático jurídico-penal*. BdeF.

Robles Planas, R. y Javier Riggi, E. El extraño artículo 65.3 del Código Penal. En Robles Planas (Dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*. BdeF.

Rodríguez Delgado, J. (2012). El solicitante en las influencias traficadas, ¿todos son culpables? En, *Temas de derecho penal*. Ediciones Legales.

Rodríguez Delgado, J. (2012). El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune! En, *Temas de derecho penal*. Ediciones Legales.

Rodríguez Delgado, J. (2014). La impunidad del interesado en el delito de tráfico de influencias. *Actualidad Penal*, (2).

Rojas Vargas, F. (1997). *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*. Grijley.

Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia penal comentada*. Gaceta Jurídica.

Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia penal, procesos sumarios*. Gaceta Jurídica.Rojas Vargas, F. (1999). *Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas* (t. 1). Gaceta Jurídica.

ROJAS VARGAS, F. (2000). *Jurisprudencia penal patrimonial*. Grijley.

ROJAS VARGAS, F. (2002). *Delitos contra la administración pública*. (3.ª ed.). Grijley.

ROJAS VARGAS, F. (2002). *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Idemsa.

ROJAS VARGAS, F. (2004). *Estudios de Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia*. Jurista editores.

ROJAS VARGAS, F. (2005). *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)* (t. 2). Idemsa.

ROJAS VARGAS, F. (2007). *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada* (3.ª ed., t. 1 y 2). Idemsa.

ROJAS VARGAS, F. (2013). *El abuso de autoridad: aspectos legales y jurisprudenciales*. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

ROJAS VARGAS, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & thesis.

ROJAS VARGAS, F., BACA CABRERA, D. y NEIRA HUAMAN, M. (1999). *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima 1998* (t. 3). Gaceta Jurídica.

ROJJASI PELLA, C. (1997). *Ejecutorias supremas penales, 1993-1996*. Legrima.

ROMEO CASABONA, C. M. (1986). *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch.

ROXIN, C. (1981). *Iniciación al Derecho penal de hoy* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García-Conlledo y J. de Vicente Remesal, Trads.). Universidad de Sevilla.

ROXIN, C. (1997). *Derecho penal. Parte general* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García-Conlledo y J. de Vicente Remesal, Trads.) (2.a ed., t. 2). Civitas.

ROXIN, C. (2000). Autoría *y dominio del hecho en el Derecho Penal* (7.ª ed.). Editorial Pons.

ROXIN, C. (2000). Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En Silva Sánchez (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Civitas.

ROXIN, C. (2003). La autoría mediata por dominio en la organización. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (13).

ROXIN, C. (2004). *Problemas actuales de dogmática penal*. Ara.

ROXIN, C. (2007). *La Teoría del delito en la discusión actual* (Abanto Vásquez, Trad.). Grijley.

ROXIN, C. (2014). *Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito* (D.-M. Luzón Peña [Dir.], J. M. Paredes Castañón, M. Díaz García y Conlledo y J. de Vicente Remesal, Trads.) Aranzadi.

ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K. (1989). *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Ariel.

ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B. (2019). *Derecho procesal penal* (M. Amoretti y D. Rolón, Trads; 29.ª ed. alemana). Ediciones Didot.

ROY FREYRE, L. E. (1997). *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena*. Grijley.

RUBIO CORREA, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo editorial PUCP.

RUEDA MARTÍN, M. A. (2001). *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*.

RUEDA MARTÍN, M. A. (2002). Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso. *Revista Penal*, (9).

RUEDA MARTÍN, M. A. (2013). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

RUEDA MARTÍN, M. A. (2014). La punición del partícipe extraneus en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal. En R. Robles Planas (Dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*. IBdeF.

RUEDA MARTÍN, M. A. (2020). El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código Penal español. En Martínez Huamán (Dir.), *La corrupción*. Editores del Centro.

SAENZ TORRES, A. Las circunstancias agravantes genéricas reguladas en el Código Penal de 1991. A propósito de la determinación judicial de la pena. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

SALAS ARENAS, J. L. (2011). *Constitucionalidad y aplicación judicial en el nuevo proceso penal*. Editorial San Bernardo.

SALAZAR SÁNCHEZ, N. (2004). *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*. Jurista editores.

SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2005). Los delitos de encubrimiento. Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas. Grijley.

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

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (1998). Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (1-3).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (1999). Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general. *Revista canaria de Ciencias penales*, (3).

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2014). Delitos de infracción de deber. En R. Robles Planas (Dir.), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*. IBdeF.

SANCINETTI, M. A. (2001). *Teoría del delito y disvalor de acción*, reimpresión, Hammurabi.

SANCINETTI, M. A. (2002). Tipos de peligro en las figuras penales. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (12).

SANCINETTI, M. A. (2019). El disvalor de la acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional. En Urquizo Olaechea (Dir.), *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa*. Taller de dogmática penal UNMSM-Ideas.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra editores.

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2006). El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria. *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*, (2).

SAN MARTÍN CASTRO, C. (2015). *Derecho procesal penal- lecciones*. INPECCP.

SAN MARTÍN CASTRO, C., CARO CORIA, D. C. y REAÑO PESCHIERA, J. (2002). *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista editores.

Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de Derecho procesal penal*, Idemsa.

Sánchez Velarde, P. (2013). *Código Procesal Penal comentado*. Idemsa.

Salinas Siccha, R. (2008). El delito de peculado en la legislación y en la jurisprudencia vinculante. *Jus Jurisprudencia,* (6).

Salinas Siccha, R. (2008). El delito de tráfico de influencias en la legislación y en la jurisprudencia peruana. *Jus Jurisprudencia,* (9).

Salinas Siccha, R. (2009). El delito de tráfico de influencias en la legislación y en la jurisprudencia peruana. *Revista jurídica del Perú, Normas Legales*, (95).

Salinas Siccha, R. (2013). El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En F. Heydegger (Coord.), *Delitos contra la administración pública*. Idemsa.

Salinas Siccha, R. (2014). El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad. *Gaceta penal y procesal penal*, (57), 143-153.

Salinas Siccha, R. (2014). Estructura típica del delito de peculado según la Ley N.° 29758. En Castañeda Otsu (Coord.ª), *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*. Jurista editores.

Salinas Siccha, R. (2015). Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana. *Ius Puniendi*, vol. 2.

Salinas Siccha, R. (2015). El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico. *Actualidad Penal*, vol. 17.

Salinas Siccha, R. (2016). El delito de tráfico de influencias y la casación del caso Aurelio Pastor. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 79.

Salinas Siccha, R. (2016). Penas efectivas para los autores de peculado y colusión. A propósito de la modificación del artículo 57 CP. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 80.

Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En J. Hurtado Pozo (Dir.). *Problemas actuales de política criminal. Anuario de Derecho Penal 2015-2016*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En G. Lamas Suarez (Coord.), *Libro homenaje* al profesor Luis Roy Freyre. Editorial Instituto Pacífico.

SALINAS SICCHA, R. (2019). *Delitos contra la administración pública* (5.ª ed.). Iustitia.

SALINAS SICCHA, R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

SALINAS SICCHA, R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Palestra editores.

SALINAS SICCHA, R. (2023). El bien jurídico protegido en el delito de colusión. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

SCHÜNEMANN, B. (2000). La culpabilidad: estado de la cuestión. En Silva Sánchez (Ed.). *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Civitas.

SCHÜNEMANN, B. (2006). *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Idemsa.

SCHÜNEMANN, B. (2008). El propio sistema de la teoría del delito (J. Milton Peralta, trad.). *InDret, revista para el análisis del derecho*.

SCHÜNEMANN, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia* (J. Cuello Contreras y J. Serrano González, Trad.). Marcial Pons.

SCHÜNEMANN, B. (2009). *Obras* (t. 1 y 2). Rubinzal-Culzoni.

SCHÜNEMANN, B. (2018). La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del derecho penal. En, *Libro homenaje al profesor Claus Roxin*. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

SCHÜNEMANN, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales (C. Pérez-Sauquillo Muñoz, Trad.). *Revista de derecho PUCP*, (81).

SCHÜNEMANN, B. y SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Coords.). (1991). *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tecnos.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (1999). *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho penal*. Gráfica Horizonte.

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2003). *Tratado de Derecho penal. Parte especial* (16.ª ed.). Abeledo-Perrot.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (1992). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. José María Bosch Editor.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2000). *Estudios de Derecho penal*. Grijley.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2000). Informe sobre las discusiones. En Silva Sánchez (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales* (2.ª ed).

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Grijley.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2012). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (2.ª ed.). BdeF.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2015). *En busca del Derecho Penal. Esbozo de una teoría realista del delito y de la pena*. BdeF.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2019). Los tres ámbitos de la dogmática jurídico-penal, una defensa de la racionalidad valorativa. *InDret, revista para el análisis del derecho*, (4).

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (2003). Problemas de imputación en casos de concurrencia de aportaciones de diversos sujetos. En, *Estudios penales. Libro homenaje a Luis Bramont-Arias*. San Marcos.

SILVA SÁNCHEZ, J.-M. y SUÁREZ GONZÁLES, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*. Grijley.

SUÁREZ GONZALES, C. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Grijley.

STRATENWERTH, G. (1982). *Derecho penal. Parte general* (G. Romero, Trad.ª) (2.ª ed.). Edersa.

URQUIZO OLAECHEA, J. (2003). La prohibición de analogía *in malam partem* en el Derecho penal. En, *Estudios penales. Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*.

URQUIZO OLAECHEA, J. (2005). *Jurisprudencia penal*. Jurista editores.

URQUIZO OLAECHEA, J. (2011). *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia (2006-2010)* (t. 1, 2 y 3). Idemsa.

TARUFFO, M. (2009). Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial, en *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Ara editores.

TARUFFO, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, D. (2009). *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Ara editores.

TIEDEMANN, K. (1985). *Poder económico y delito. Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*. Ariel.

TIEDEMANN, K. (2000). *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Idemsa.

TOCORA, F. (1997). *Política criminal contemporánea*. Temis.

TOCORA, F. (2002). Principios penales sustantivos. Temis.

TORRES BARDALES, C. (1994). Metodología de la investigación científica (3.ª ed.). San Marcos.

URQUIZO OLAECHEA, J. (2005). *Jurisprudencia penal*. Jurista editores.

VARGAS VALDIVIA, L. (2012). Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria. En, *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. IDEHPUCP.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2002). *Manual de Derecho penal, Parte especial*. Temis.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2003). El abogado y la democracia. En, *Estudios penales. Libro Homenaje a Luis Bramont-Arias*.

VILCHEZ LIMAY, R. (2022). El delito de enriquecimiento ilícito ¿un hecho punible donde se invierte la carga de la prueba. En Martínez Huamán (Dir.), *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta jurídica.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (1990). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Editorial Cuzco.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2001). Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción. *Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP*.

Villavicencio Terreros, F. (2002). *Código Penal comentado*. Grijley.

Villavicencio Terreros, F. (2003). Concurso de delitos y concurso aparente de leyes. En, *Estudios penales. Libro homenaje a Luis Bramont-Arias*.

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte especial I*. Grijley.

Villavicencio Terreros, F. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho penal básico*. Fondo editorial PUCP.

Waisberg, G. (2023). El concepto normativo de funcionario público en el derecho penal argentino. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

Welzel, H. (1976). *Derecho penal alemán* (Bustos-Yánez, Trad.). Editorial Jurídica de Chile.

Wessels, J. Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura* (R. Pariona Arana, Trad.; 46.ª ed. alemana). Instituto pacífico.

Yshií meza, L. (2023). La determinación judicial de la pena en el sistema del derecho penal a partir del legado de las enseñanzas del Dr. Felipe Villavicencio Terreros. En E. Álvarez Yrala (Dir.), *Derecho penal y dignidad humana. Libro homenaje al profesor Felipe Villavicencio Terreros*. Grijley.

Yshií meza, L. (2013). La pena de inhabilitación en los delitos contra la administración pública. En, *Libro homenaje del profesor José Hurtado Pozo. El penalista de dos mundos*. Idemsa.

Zaffaroni, R. E. (1998). *Criminología. Aproximación desde un margen*. Temis.

Zaffaroni, R. E. (1989). *En busca de las penas perdidas*. AFA.

Zaffaroni, R. E. (1990). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Ediciones Jurídicas.

Zaffaroni, R. E. (2002). *Principios penales sustantivo*. Temis.

Zúñiga Rodríguez, L. (2020). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Instituto pacífico.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de la Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.,
en el mes de julio del 2023.