FIDEL ROJAS VARGAS

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

QUINTA EDICIÓN

TOMO II

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Tomo II

© **Fidel Rojas Vargas**
© **Gaceta Jurídica**

Quinta edición: octubre 2021
2100 ejemplares
Primera edición: mayo 1999

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-11552
ISBN Obra completa: 978-612-311-874-7
ISBN Tomo II: 978-612-311-876-1
Registro de proyecto editorial
31501222100550

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

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De La Cruz
Diagramación de interiores: Gabriela Córdova Torres

GACETA JURÍDICA S.A.

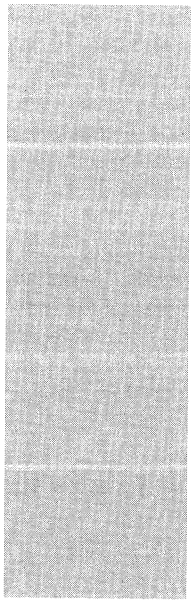
AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Octubre 2021
Publicado: octubre 2021

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

(Continuación)



TÍTULO V

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

CAPÍTULO I

Aspectos generales

SUMARIO: I. Consideraciones generales. **II.** La corrupción. **III.** Corrupción, cohecho y soborno. **IV.** La corrupción privada. **V.** El cohecho transnacional pasivo y el soborno transnacional activo. **VI.** La corrupción delictiva vinculada al ámbito funcionarial en el contexto legal internacional: cuestiones de normativización, autoría y bien jurídico. **VII.** Modalidades estructurales de corrupción delictiva: 1. Cohecho pasivo. 2. Cohecho pasivo propio. 3. Cohecho pasivo impropio. 4. Cohecho activo. 5. Cohecho antecedente y cohecho subsecuente. 6. Observaciones pertinentes. **VIII.** Los medios corruptores: 1. El donativo. 2. La promesa. 3. La ventaja. 4. El beneficio. 5. Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores. **IX.** El bien jurídico protegido. **X.** La plurisubjetividad de los delitos de cohecho. **XI.** Los modelos español e italiano de cohecho. **XII.** La sistemática peruana de los delitos de cohecho: 1. Tipos penales de corrupción pasiva. 2. Tipos penales de corrupción activa. 3. Tipos especiales de corrupción. 4. Tipos de corrupción transnacional. **XIII.** Aspectos de técnica legislativa empleada: 1. Los verbos rectores utilizados. 2. Las fórmulas corruptoras. 3. Naturaleza y complejidad de los tipos penales. 4. Tipos de resultado y de actividad-peligro. 5. Elementos subjetivos. 6. Funcionarios y particulares. 7. Sistema de penas. **XIV.** Figuras penales (o delitos de cohecho) no contempladas en el Código Penal de 1991. **XV.** La reforma del 2004 a los delitos de corrupción: antecedentes y características de la Ley N° 28355 y reformas ulteriores. **XVI.** *Compliance* anticorrupción. **XVII.** ¿Qué hacer?

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La noción "corrupción" es multifuncional y polisémica al tener una vasta gama de aplicaciones y usos lingüísticos estratificados que han

cambiado a través de la historia y las formas concretas en que se han configurado las expresiones de civilización, y que dan cuenta de fenómenos específicos diversos, pero todos con un común denominador: la pérdida de cualidad, la desnaturalización o deterioro, el rompimiento de un equilibrio que mantiene la entidad, estructura y función regular de una cosa, proceso, atribución o deber. Sea cual fuere el escenario donde fijemos la atención (la economía, política, actividad empresarial, las decisiones del Ejecutivo, una asociación barrial, los sindicatos, medios de comunicación, la Policía, justicia oficial, etc.), la categorización de un acto a título de corrupción supondrá en todos los casos –como requisito *sine qua non*– la tenencia de una cuota de poder por parte del sujeto –sea este particular o funcionario, un individuo o una persona jurídica interna o transnacional–, la que es utilizada por sobre o contra el marco regular del deber y/o la norma jurídica, ya contrariándolo o sirviéndose de él para potenciar intereses personales o de grupo, fundamentalmente, pero no exclusivamente, patrimoniales, con afectación a los valores que sustentan o fundan las atribuciones o funciones del sujeto. La corrupción resulta así un uso abusivo de las cuotas de poder, detentadas o conferidas por un órgano distinto al agente, para buscar u obtener ventajas indebidas o ilegales con afectación y detrimento o puesta en peligro de intereses o valores dominantes en la sociedad, en las Administraciones Públicas de un país o en el contexto internacional.

Esta característica de rompimiento o utilización de los contenidos del deber para su utilización en provecho personal, de terceras personas o de un grupo define el *modus operandi* de todo acto de corrupción en las dos matrices que de ella se conoce: corrupción pasiva y activa. De modo que en una sociedad no integrada por deberes y valores que lo funden y sustenten, la corrupción no tendrá las mismas características y connotaciones que en aquella donde la norma fija la línea demarcadora de las competencias, función o atribución.

La corrupción –política, económica, judicial, religiosa, las mayormente estudiadas– es un fenómeno cultural que acompaña a la humanidad socialmente organizada y que –si bien discurre y se despliega en las distintas y diversas formaciones económico-sociales– se entronca con tendencias internas fuertemente arraigadas en la naturaleza humana y donde solo la socialización, la prevención primaria y el control –autocontrol y control externo– posibilitan limitarla y someterla a límites de tolerabilidad, en el sentido de que erradicarla o eliminarla es más una utopía o un discurso político poco realista. Las expresiones contemporáneas de corrupción como la ideológica, la de los medios de comunicación masiva, médico-sanitaria y transnacional se han sumado a las tradicionales corruptelas históricamente conocidas –con las que siempre lidiaron los Códigos Penales–, para hacer de ella un fenómeno sumamente

complejo en el que fuerzas internas y externas consolidan, a contrapeso de todo intento de lucha, su lógica de funcionamiento y fijación en el tiempo.

La criminalidad organizada globalizada, en sus diversas manifestaciones delictivas (tráfico de drogas, narcoterrorismo, tráfico de armas y de órganos, lavado de activos, trata de personas, corrupción institucionalizada, defraudaciones y falsificaciones masivas, financiamiento ilegal de partidos y campañas políticas), ha contribuido también y significativamente a incrementar la complejidad del fenómeno de la corrupción, esto es, las variadas expresiones de corrupción han encontrado la más peligrosa alianza que amenaza con desestabilizar las bases de las sociedades democráticas, no solo de los valores que fundan la Administración Pública, sino la legitimidad misma del Estado y el orden internacional. HASSEMER resume en una bien lograda frase este estado de cosas cuando dice: "Quien observe atentamente verá que la corrupción es aquello que le da a la criminalidad organizada una nueva cualidad"[1].

Sin embargo, en un plano de análisis pocas veces explorado, las distintas expresiones de corrupción –individuales, colectivas, corporativas, convencionales y globalizadas, social y jurídicamente desvaloradas, entre otras– tienen conexión con características antropológicas del humano, primitivo y moderno (lo que puede advertirse incluso en los mamíferos superiores) en la medida que su principal finalidad o *telos* es la obtención de poder y recursos bajo cualquier circunstancia y, a veces, contra toda circunstancia –lo que se aprecia, particularmente, cuando se ejerce un poder total y sin control–, perpetuando las condiciones y conexiones de su existencia. Esta es, incluso, una de las explicaciones de la necesidad del Estado que somete los impulsos (primitivos y sofisticados) de poder de determinado rango de ciudadanos, a efectos de estratificar dicho poder y recursos en función de intereses comunes y sobre todo ajustado al programa de dominio del grupo económica y políticamente dominante. Y no solo explica la necesidad de la construcción del Estado, sino –en determinados casos– la captura del mismo para practicar corrupción sistemática y generalizada; fenómeno que se ha constituido en una experiencia presente y constante en una serie de países de economías y cultura atrasadas.

Por lo demás, la corrupción se acentúa –con cuotas de expresividad dramáticas– en las sociedades donde los recursos y las oportunidades se hallan distribuidos en relaciones de notoria asimetría y contraste. Está presente en los niveles altos de poder económico, político y social, como también en las prácticas horizontales, masivas, cotidianas, del interactuar

(1) HASSEMER, Winfried: "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", en *Corrupción. Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, p. 149.

humano en una proporción nada despreciable, a la par que en las zonas intermedias de la sociedad. Tiene mayor incidencia en sociedades no modernizadas económicamente y con niveles precarios de democracia social y cultural, con escasa presencia de ciudadanía; pero también se deja sentir en aquellas sociedades desarrolladas económicamente, donde la fuerza de los valores y deberes se caracteriza por su déficit y donde constituye un valor de intercambio para el cálculo de intereses. Justamente es en algunos países de estas sociedades de capitalismo avanzado donde la corrupción de las élites gobernantes y empresariales llega a alcanzar referentes de alarma, sin que necesariamente contagie a las clases medias y populares. Situaciones todas que, conjuntamente a la corrupción generalizada y de masas de numerosos países atrasados, motivan una serie de interrogantes sobre la racionalidad de la misma, tales como: ¿es el humano antropológicamente corrupto? ¿Es su naturaleza o parte de ella, como sostendrán Sócrates y Platón, mayoritariamente «proclive al vicio»[(2)] o, en términos

(2) PLATÓN: *La República*, Lima, Peisa, 1976, Libro Segundo; ídem, PLATÓN: *República* (traducción de Marisa DIVENOSA y Claudia MÁRSICO), Buenos Aires, Losada, 2005. En este genial e intensamente productivo diálogo, Sócrates con sus discípulos Glaucón y Trasímaco emprenden la titánica tarea de poner a prueba el mérito y demérito práctico de los valores positivos de la virtud y la justicia frente al vicio y la injusticia que acompañan a la humanidad, comprendiendo en dicha lectura –que no puede ser más actual y vigente– las razones pragmáticas de por qué es más fácil ser injusto y vicioso e incluso por qué los tipos de estas características gozan de éxito y se rodean de un halo de aparente virtud social. PLATÓN, a través de SÓCRATES apuesta, al final de su discurso, por la virtud, que en definitiva se revela superior al vicio y permite mejorar las instituciones y a las personas, estas últimas caracterizadas por su ambivalencia frente a la virtud y su propensión al moldeamiento según las circunstancias externas y sobre todo internas con las que interactúan en sociedad.
La bibliografía actual sobre corrupción es una de las más abundantes que pueda merecer temática social alguna, tanto en sentido general como focalizando modalidades específicas. Al respecto, una literatura mínima, véase: ALONSO, Juan Antonio y MULAS GRANADOS, Carlos: *Corrupción, cohesión social y desarrollo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2011; BRIOSCHI, Carlos Alberto: *Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días*, (traducción de Juan Ramón AZAOLA), Madrid, Taurus, 2019; BELLAGAMBA, Filippo: *La corruzione in atti giudiziari nella storia generale del reato*, Torino, Giappichelli Editore, 2017; BONFILS, Philippe; MUCCHIELLI, Laurent y ROUX, Adrien: *Comprendre et lutter contre la corruption*, Marseille, Presses Universitaires, 2015; BRIGANT, Jean-Marie (*sous la direction de*), *Le risque de corruption*, París, Dalloz, 2018; CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo: *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, 2003; CINGARI, Francesco: *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013; CORTINA, A.; PECES BARBA, G.; VELASCO, D. y ZARZALEJOS, J. A.: *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996; DANNECKER, Gerhard y LEITNER, Roman (Hrsg), *Schmiergelder*, Berlin, Linde Verlag, 2002; DAVIGO: *Piercamillo, Il sistema della corruzione*, Bari, Laterza, 2019; DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos,* Salamanca, Ratio Legis, 2000; FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y FERRER BELTRÁN, Jordi: *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2018; FIFKA, Matthias y FALKE, Andreas (Hrsg): *Korruption als internationales Phäenomen. Ursachen, Auswirkungen und Bekämpfung eines weltweiten Problems,* Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2012; GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile,

más actuales, a las prácticas de corrupción, ya sea en su modalidad activa o pasiva, como métodos "normales", cotidianos, para la obtención de metas y objetivos de contenido económico, político y de estatus? ¿O se trata de un fenómeno cultural enraizado en lo cultural/social? ¿Qué factores explican el hecho de que individuos que tienen cubiertas todas sus expectativas de estatus y bonanza económica practiquen y/o continúen desarrollando comportamientos delictivos de enriquecimiento y acumulación de poder? ¿Propician los gobernantes y el alto funcionariado el efecto del contagio jerárquico(3) de la corrupción? ¿Se puede seguir jurídico-normativamente considerando la corrupción un hecho aislado de la corrupción privada? O, acaso, ¿es ya un estilo y un método de conductas que definen el comportamiento de la mayoría de los gobiernos, de los políticos, mandatarios y hombres de poder, así como también del ciudadano y ciudadana común y corriente? Este, el ciudadano "común", una vez dotado de poder, ¿seguirá inexorablemente la lógica circular y en espiral de la filosofía y prácticas

1998; HEINDENHEIMER, Arnold y JOHNSTON, Michael (editores): *Political Corruption. Concepts & Contexts*, Third Edition, New York, 2017; HOLMES, Leslie: *Corruption. A very Short Introduction*, Oxford University, 2015; HUBER, Ludwig: *Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción*, Lima, Proetica-IEP, 2008; KUHLEN, KUDLICH, GÓMEZMARTÍN y ORTIZ DE URBINA (Hrsg): *Korruption und Strafrecht*, Heidelberg, C.F Müller, 2018; LAUFER, Daniel: *Corrupcao. Uma perspectiva entre as diversas áreas de Direito*, Curitiba, Juruá Editora, 2013; LÓPEZ PRESA, José Octavio (coordinador): *Corrupción y cambio,* México, Fondo de Cultura Económica, 1998; LOUGHMAN, Brian y SIBERY, Richard: *Bribery and Corruption. Navigation The Global Risks*, Hoboken-New Jersey, Wiley, 2011; MUÑOZ JOFRE, Jaume: *La España corrupta. Breve historia de la corrupción (de la restauración a nuestros días, 1875-2016), Granada, Comares, 2016*; PIMENTEL FILHO, André: *(Uma) Teoria da Corrupcao. Corrupcao, Estado de Direito e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015; PRADERA, Javier: *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutemberg, 2014; REIGEN, Peter: *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder* (tradución de Mireia BARTELS, Natalia FRANCH y Dávid SÁNCHEZ), Barcelona, Planeta, 2003; ROBLEDO, Jorge Enrique: *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia*, Bogotá, Aguilar, 2016; RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y GESTA LEA, Rogério (directores): *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016; ROCHA FURTADO, Lucas: *As raíces da corrupcao no Brasil. Estudo de casos e Licoes para o futuro*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2015; ROSE-ACKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reformas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001; SABÁN GODOY, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991; SHAH, Anwar (Edited by): *Performance accountability and combating corruption. Public sector, Gouvernance and Accountability series*, Washington, The World Bank, 2007; VILLORIA MENDIETA, Manuel: *La corrupción política*, Madrid, Editorial Síntesis, 2006; HASSEMER, Winfried: "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", en *Corrupción. Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995; FERRAJOLI, Luigi: "Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura", en *Corrupción. Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

(3) Jean PINATEL sostiene la tesis de que la criminalidad de los políticos, gobernantes y de los sectores de poder originan, por procesos de contagio jerárquico, comportamientos corruptos en los estratos sociales inferiores, conclusión que le permite hacer suyas las frases de TARDE acerca de que los vicios y crímenes de hoy localizados en las capas del pueblo vienen de arriba (*La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979, p. 24).

de la corrupción? ¿En este escenario, cuál es el rol que cumple el Derecho Penal, su eficacia y limitaciones? ¿Cuál es la corrupción que la norma penal castiga? ¿Cuánto de honestidad hay realmente en las publicitadas campañas anticorrupción internas y globalizadas, o son acaso estas eufemísticos pretextos para seguir consolidando lógicas internas y significativas de corrupción en contra de otras menores y fácilmente desmontables?

El fenómeno de la corrupción se ha convertido en un problema mundial de implicancias múltiples tanto para la economía de las naciones(4), las reglas de la convivencia social, los estilos de conducción política y prácticas funcionales, como para la moral de los pueblos(5). Tal súbita irrupción a los escenarios del protagonismo mundial ha coincidido o, más bien, ha sido posibilitada por los efectos de las globalizaciones en 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 económica social que se trate. Constatación que no puede llevarnos a concluir que la corrupción, tal y como ahora la percibimos, sea un problema de reciente data, lo que ocurre es que las condiciones actuales del escenario político e informativo se han convertido en los desencadenantes idóneos para destapar realidades negativas que antaño permanecían soterradas o eran de conocimiento de reducidos grupos de personas. De la sensación sobre su existencia se ha pasado abruptamente en estas dos últimas décadas a la evidencia descarada de la corrupción de los gobernantes, de los altos círculos del funcionariado público (civil y militar), del empresariado, de la *mass media* y en general a la confirmación de que la inescrupulosidad y la codicia sin límites son los mecanismos *ad hoc* para el acceso al poder, el dinero y el éxito material. La cultura de la corrupción como valor antiético eficaz, fundado en razones de coste económico,

(4) Para un estudio acerca de las implicancias de la corrupción en la economía de los países, véase Muriel Patiño, María: «Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción», en Rodríguez García, Nicolás; Fabián Caparrós, Eduardo y Contreras Alfaro, Luis: *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 18 a 39.

(5) Al respecto, una serie de artículos que reflexionan sobre las relaciones entre corrupción y moral, véase en Cortina, Adela; Peces Barbas, Gregorio; Zarzalejos, José Antonio y Velasco, Demetrio: *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996. Igualmente, de Cortina, Adela: *Ética de la sociedad civil. Un antídoto contra la corrupción*; y de López Calera, Nicolás: «Corrupción, ética y democracia», en Arroyo, Luis; Auger, Clemente; Garzón, Ernesto y otros: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 253 a 270, y 117 a 134, respectivamente.

es hoy un valor dominante y sujeto a cuestionamiento y lucha por el lado de los sectores sanos de la sociedad y la política.

Pero lo que sí constituye una verdad incontrastable es el hecho de que la corrupción significativa que asola los países corroyendo conciencias, costumbres y estilos de interacción humana, sin ser algo nuevo, es, sin embargo, distinta a la que hasta entonces se conocía. Tres notas saltantes definen esta distintividad de la corrupción en la era de la posmodernidad y las globalizaciones: **a)** su naturaleza institucional; **b)** su incorporación o conexión con el crimen organizado; y **c)** su decantamiento de las formas tradicionales de corrupción, como suerte de corolario de las precedentes características.

En efecto, asistimos como observadores privilegiados a observar el desarrollo de una corrupción que ha tomado a los centros de decisión político/económicos –en tanto posiciones desde las cuales desarrollar planes delictivos– implementando toda una estrategia de copamiento y utilización de las estructuras del Estado para enriquecerse y delinquir. Posicionamiento de puestos públicos, cargos institucionales y tendido de redes entre las instituciones para configurar –a nivel del Estado– la conducción política del país, la actividad empresarial pública, el control mediático informativo, las contrataciones en general y los procesos electorales, en tanto bastiones de control al servicio de la actividad delictiva de amplios sectores del alto funcionariado a todo nivel y de quienes medran en su entorno; proceso de significativización, absolutización y sofisticación de la corrupción inscrito en el marco globalizador de la criminalidad organizada, en tanto el país se halla inmerso en las transacciones económicas con transnacionales y en la estrategia de las decisiones mundiales de los centros de poder económico, y por lo mismo con las conductas desvaloradas de tales dimensiones del acontecer internacional.

Por cierto, la corrupción institucionalizada y asociada con el crimen organizado no es la clásica relación judicial de cohechos bilaterales o concusiones aisladas, ni las tradicionales corruptelas de los burócratas, o las coimas solicitadas por policías y secretarios de juzgado o de jueces caídos en desgracia; tampoco las apropiaciones de caudales por algún funcionario de provincias o de algún otro de los distintos gobiernos regionales. No, tales formas de corrupción –que, sin embargo, no han perdido vigencia en la estadística judicial, pero sí significatividad– eran (lo siguen siendo) aquellas para las que se crearon las diversas figuras de los Códigos Penales en el siglo XIX, pero que hoy no pueden dar cuenta de la apabullante, descarada y significativa corrupción actual, que ha sofisticado sus métodos, creado formas distintas de cohecho, que se ha asociado al crimen

internacional y que ha tendido redes a través de asociaciones ilícitas –algunas de ellas de contenido mafioso– hasta entonces no vistas en los predios de la Administración Pública para aprovecharse de las posiciones de ventaja que otorga el poder o su cercanía a él.

La corrupción, en tanto fenómeno complejo, puede ser estudiada con base en tres matrices, en tanto dato socioeconómico, como referente antiético que invade y afecta las costumbres de las interacciones humanas, sociales, económicas y políticas, y estrictamente como una conducta penalmente típica. Reconociendo que un estudio estrictamente penal no ayuda a tener una visión completa, de rigor y real del contenido y las variedades sociológicas de tal fenómeno, por las limitaciones propias de nuestra arcaica legislación penal en dicha materia y por su naturaleza misma, el objeto del presente comentario-análisis de los tipos penales de corrupción que registra el Código Penal peruano solo se restringirá a dicha tercera lectura, dejando en manos del acucioso lector seguir la pista, a través del trabajo de especialistas que han publicado trabajos de excepcional calidad(6), de los diagnósticos que en cada sector público y privado haya que efectuar al respecto y de las necesarias estrategias de enfrentamiento que efectuar desde distintos miradores.

Finalmente, antes de cerrar esta inicial introducción al tema de corrupción, es oportuno reproducir unas bien condensadas frases de Galán Muñoz, quien en la lectura de los peligros que representa la corrupción, nos dice: "La corrupción pone a la Administración Pública al servicio de unos pocos y no de la mayoría. En concreto y sobre todo, al servicio de los más ricos y poderosos que son, sin duda quienes gozan de mayores capacidades para emplear sus influencias personales y económicas como eficaz instrumento de engrase o manipulación del sistema administrativo en su favor, pudiendo incluso llegar a que esos pocos sean quienes determinen las grandes decisiones políticas y económicas de un país lo que cuestionará el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley y ante

(6) Véase Rose-Ackerman, Susan: *La corrupción y los Gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 2001; Calsamiglia, Albert: *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000; Fabián Caparrós, Eduardo: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000; Eigen, Peter: *Las redes de la corrupción: la sociedad civil contra los abusos del poder*, Bogotá, Editorial Planeta Colombiana, 2003. En el Perú, véase interesantes diagnósticos y propuestas de D'Alessio Ipinza, Fernando; Olaechea Álvarez, Pedro; Belaunde López de Romaña, Javier; Maúrtua De Romaña, Oscar y McEvoy Carreras, Carmen, en Maúrtua de Romaña, Oscar (editor): *Enfoques sobre la corrupción en el Perú*, Lima, Ediciones Misky, 2018.

la Administración, pero también pondrá en cuestión la estabilidad y funcionamiento del propio sistema democrático"[7].

Por cierto, hay otra franja de corrupción, usualmente descuidada en su estudio o intencionalmente omitida conceptualmente, que da cuenta de aquellos actos desesperados por limitar o evitar abusos de poder a través de actos de corrupción[8], en todos los casos, de forma excepcional y concreta, para salvaguardar bienes jurídicos de muy alta valía, como la vida o la salud, que explica también casos que perfectamente se ajustan a las reglas de justificación-exculpación que traen consigo la parte general de los códigos y legislaciones penales. Esta particular manifestación de corrupción tiene la importancia de mostrarnos la otra cara de la corrupción en su relación directa con el abuso de poder, pocas veces enfocada en el apabullante discurso nacional e internacional sobre dicha realidad, esto es, que el abuso de poder no es exclusivamente violencia, avasallamiento, crueldad y tortura, tampoco solo desprecio o menosprecio de los derechos de los ciudadanos, sino también múltiples expresiones, por lo general sofisticadas, a veces burdas, de su utilización para enriquecerse u obtener ventajas indebidas y/o ilegales.

II. LA CORRUPCIÓN[9]

El término «corrupción» tiene una vasta diversidad de aplicaciones que rebasan el marco jurídico. Así, significa: **a)** alterar y trastocar la forma de alguna cosa; **b)** echar a perder, dañar, pudrir, descomponer; **c)** oler mal; **d)** incomodar, fastidiar, irritar (uso lingüístico figurado); **e)** vicio o abuso introducido en las cosas no materiales; **f)** soborno, cohecho; **g)** delito de perversión sexual. Para el Derecho Penal interesan las dos últimas acepciones; para los efectos de nuestro estudio solo la penúltima: el soborno o cohecho. La corrupción pública puede ser definida, siguiendo a Alfonso

(7) Galán Muñoz, Alfonso: "Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015", en Gómez Rivero, Carmen y Barrero Ortega, Abraham (directores): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 512.

(8) La practicada, por ejemplo, por Oscar Schindler –empresario nazi austríaco– para salvar la vida de sus trabajadores judíos mediante el soborno de los oficiales de las SS asentados en Cracovia; o en el caso que nos lo recuerda Jorge Salem, donde Ludwig Wittgenstein –ya por entonces mundialmente conocido por sus aportes a la filosofía analítica del lenguaje–, quien vivía en Inglaterra, se vio obligado a sobornar a las autoridades nazis para preservar la vida de sus hermanas judías –que vivían en Alemania–, mediante el depósito de una fuerte suma de dinero en el Reichsbank, Malem Seña, Jorge: "El fenómeno de la corrupción", en Andrés, P.; Arroyo, L.; Auger, C.; Cortina, A. y varios: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

(9) Del latín *"corruptio"* o *"corruptionis"*, que significa alteración, seducción o corrupción.

Sabán Godoy, como la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general, al que toda actuación pública se debe por mandato constitucional o legal[10]. No todo acto de corrupción pública se halla punitivamente tipificado; en el Código Penal peruano se ha enfatizado la de connotación patrimonial y se la ha revestido de requisitos normativos para ser relevante o merecedora de imputación. Pero sí se puede decir que toda corrupción pública implica necesariamente un rompimiento con el ordenamiento jurídico y con los valores que la sustentan desde la perspectiva del interés general; rompimiento que, cuando no es un abierto ataque, puede llegar a utilizar los vacíos o filtros de dicho ordenamiento por donde discurre el pensamiento de inescrupulosidad que justifica las prácticas de corrupción; quiebre que incluso admite construir legalidad para permitir corrupción, perfeccionar constructos normativos propiciatorios de corrupción, lo que puede advertirse en la redacción de determinadas normales legales.

III. CORRUPCIÓN, COHECHO Y SOBORNO

Las tres palabras se utilizan indistintamente en el ambiente jurídico y social en general para referirse al quiebre de valores tales como imparcialidad, igualdad, interés común con manifiesta venalidad –principalmente– del funcionario y/o servidor público en el desempeño de sus atribuciones o

(10) Sabán Godoy, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991, p. 16.
La Convención Interamericana contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996) nos habla de los siguientes actos de corrupción (artículo VI):

"a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario y otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización, por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y,

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma, en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo" **(Contraloría General de la República: *Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, Lima, Contraloría General de la República, Gaceta Jurídica, 1998, p. 546).**

en el uso del cargo o empleo, lo que significa, necesariamente, la entrada en juego de intereses particulares que resultan privilegiados por encima de los de interés general y de justicia, así como la ruptura de los roles especiales del sujeto público, quien cede al influjo del dinero o la ventaja indebida e ilícita, cuando no es directamente el agente que los propicia. Pero igualmente se comprende con dichos términos la deshonestidad de los particulares que someten a precio los actos y prestaciones de la cuestión pública a través de la puesta en práctica de los medios o instrumentos corruptores.

La ***corrupción*** puede abarcar, no obstante el sentido estricto anotado en el párrafo anterior, todas las dimensiones del quehacer humano y social: el tráfico comercial; las relaciones de pareja; los ámbitos intelectual y religioso; las relaciones laborales y familiares; los ámbitos médico, educativo, periodístico y científico; los campos jurisdiccional y forense; la gestión pública; la financiación de partidos políticos, el acceso a los puestos públicos y privados, etc. Solo cuando se presenta en las esferas de competencia –en sentido amplio– de los funcionarios y servidores públicos se denomina ***cohecho***. Es así el cohecho una especie concreta de corrupción focalizada en atención a los comportamientos de los sujetos públicos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado del correcto funcionamiento de la Administración Pública y de la imparcialidad/igualdad como condiciones fundamentales de sus actos. El término ***soborno***, en cambio, alude a una acción también concreta de contenido ilícito imputada a terceros, consistente en tratar de quebrar o quebrar la resistencia del sujeto público o de un particular equiparado, o ganarse su voluntad, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener ilícitas o indebidas prestaciones inherentes a los actos de función o servicio público. Tradicionalmente se ha hablado del delito de soborno para referirse con él al cohecho activo. En sentido restringido, soborno se utiliza para referirse al medio corruptor puesto en acción (donativo, entrega, ventaja, promesa, presente, dádiva, etc.).

Como se observa, los tres vocablos –los mismos que son sinónimos– tienen matices semánticos diferenciados. En el desarrollo de este título utilizaremos con fines didácticos las palabras *corrupción* y *cohecho* con igual significado.

Ahondando un poco en el significado de los verbos, cabe anotar lo siguiente:

Cohechar es un verbo transitivo (es decir, de acción), al igual que el verbo *corromper*, cuyo significado etimológico es doble: **1)** sobornar a un funcionario público; **2)** alzar el barbecho, o dar a la tierra la última vuelta

antes de sembrarla. El sustantivo *cohecho* tiene en materia penal un significado preciso: la conducta o comportamiento de corrupción imputable a los sujetos públicos, así como el comportamiento de terceros que corrompen a dichos sujetos. El cohecho es así un término que abarca dos centros generadores de corrupción: los funcionarios o servidores públicos, y los terceros o particulares.

Al igual que con el término corromper, *sobornar* es también un verbo transitivo que connota el acto de corromper a alguien mediante empleo de donativo o dádiva para conseguir algo de él, que es propio de su competencia. Sobornar tiene una mayor denotación que cohechar, pues este se restringe al ámbito de lo público, mientras que sobornar puede estar referido a dicho ámbito como al de las interacciones privadas. Sin embargo, sobornar tiene una menor riqueza conceptual, pues en propiedad solo se circunscribe a las dádivas o donativos.

IV. LA CORRUPCIÓN PRIVADA[11]

En el país, siguiendo las indicaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción –asumida ya, entre otros países, por

(11) Literatura sobre corrupción privada, véase, Encinar del Pozo, Miguel Ángel: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Cerina, Giorgio: "¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho comparado", en Fabián Caparrós, Eduardo; Ontiveros Alonso, Miguel y Rodríguez García, Nicolás (coordinadores): *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, México, UBIJUS-INACIPE-Universidad de Salamanca, 2012; Muñoz Cuesta, Javier: "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su aplicación", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012; ídem Castro Moreno, Abraham: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012. Bolea Bardon, Carolina: "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por L.O 1/2015 de 30 de marzo", en Gómez Martín, Víctor; Montiel, Juan Pablo y Satzger, Helmuth (eds.): *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018. Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo: "La corrupción en el deporte en el Derecho Penal español ¿un legislador torpe, moral o estratégico?", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018; Rosenau, Henning; Lorenz, Henning y Wendrich, Lisa: "La corrupción en el sistema sanitario alemán", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018; Gómez Martín, Víctor: "La corrupción en el sector médico; texto, contexto y nuevas tipologías delictivas", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018; Satzger, Helmuth: "Corrupción y deporte", en Satzger, Helmuth: *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018. De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Blanco Cordero, Isidoro: "La criminalización de la corrupción en el Sector Privado ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor Cerezo Mir*, Madrid, 2003; Otero González: "Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015", en *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.

España (2015, artículo 286 bis)– se ha incorporado en el Código Penal una expresa normativa que regula los delitos de corrupción en el Sector Privado empresarial (artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1385, del 4 de setiembre de 2018). El legislador ha ubicado estos delitos en el clasificador "Delitos contra el Orden Económico". Así, los artículos 241-A y 241-B recogen tipos penales basados en la estructura de las figuras de cohecho pasivo de funcionarios y empleados, para criminalizar y penalizar conductas de aceptar, recibir o solicitar directa o indirectamente donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio indebido para sí o para tercero para realizar u omitir actos que permita (artículo 241-A) favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales (artículo 241-B) en perjuicio de la persona jurídica. Ambos artículos incluyen también la modalidad de cohecho activo, que toma como autor a un sujeto indeterminado que prometa, ofrezca o conceda ventaja o beneficio indebido al funcionario privado. Las penas llegan a los cuatro años de pena privativa de libertad más inhabilitación y multa.

El autor o sujeto activo de dichos delitos de corrupción privada ha sido fijado en el socio, accionista, director, administrador representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de Derecho Privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares. El diseño español, de modo más sintético, toma como autor al directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad.

El legislador peruano ha optado por criminalizar un sector de la corrupción privada, esto es, la incursa en actividades societarias, mas no ha ingresado a reprimir más allá de dicho sector al amplio y numeroso escenario de los actos de corrupción entre particulares. Igualmente, no ha tocado los actos de corrupción en el ámbito de la contratación de personal para las entidades privadas ni la contratación o concesión de obras entre personas jurídicas, circunscribiendo la injerencia penal a la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, o de servicios comerciales. Tampoco ha criminalizado la corrupción en el sector deportivo ni sanitario privado, áreas bastante sensibles y que han merecido respuestas preventivas y represivas en otras legislaciones penales, en especial Alemania y España. Por cierto, como usualmente sucede con los delitos contra el orden económico, los tipos penales 241-A y 241-B tienen una lectura de *ultima ratio*, que exige filtrar dichos comportamientos con miradas interpretativas previas de orden administrativo, mercantil o interno a través de los *compliances* o planes de tratamiento anticorrupción. Tipos penales que, sin embargo, pueden permanecer como figuras simbólicas, como generalmente ha

ocurrido con varios de los delitos económicos regulados en la legislación punitiva, lo que ha levantado críticas acerca de la necesidad de regularlos a nivel del Código Penal[12].

Con el ingreso de estas específicas modalidades de corrupción privada, tanto por la ubicación sistemática en el Código Penal como por el contenido de las criminalizaciones, el bien jurídico protegido está relacionado con la **protección del correcto funcionamiento de los negocios societarios**, específicamente de la competencia leal o, si se quiere, con la protección del mercado de las distorsiones que pueden producir las prácticas de corrupción entre privados, o con la lealtad de los funcionarios privados hacia la entidad societaria. Como puede apreciarse, esta variedad de miradores da cuenta de un bien jurídico pluriofensivo[13].

La corrupción privada, la que se produce en las relaciones entre personas naturales o entre estas y las jurídicas no relacionadas directamente con la cosa pública, y la que se desarrolla ya propiamente al interior de las personas jurídicas, por lo general, no alcanza los matices de alarma social que provoca la generada en las esferas de la Administración Pública, sin que ello implique negar su alta incidencia y alcances. Corrupción privada que se manifiesta, por ejemplo, en las estafas y defraudaciones patrimoniales, incluso en los hurtos y apropiaciones ilícitas que involucran amplios sectores de delincuencia común, muchas veces no denunciada o investigada; igualmente los fraudes corporativos, la evasión tributaria y la falsificación documental se hallan en la lógica de actos particulares, privados o corporativos de corrupción.

No existe en el país trabajos de campo de envergadura que muestren la extensión de estas prácticas anómalas en la gran variedad de planos de interacción: económica, comercial, financiera, empresarial en general, barrial, laboral, interpersonal, etc., que configuran el vasto espectro de la corrupción privada. Corrupción privada elemental que se soluciona en el ámbito civil o se traduce en delitos comunes, o, por lo general, permanece

(12) Véase un interesante artículo escrito antes del ingreso en el Código Penal de los delitos de corrupción privada, en León Vidal, Vladimir: "La regulación penal de la corrupción en el Sector Privado", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 66, diciembre 2014, Lima, Gaceta Jurídica, p. 170 y ss. León Vidal en su propuesta amplía dicha regulación también al delito de malversación de fondos.

(13) Para apreciar una miscelánea de lecturas acerca del bien jurídico protegido: Núñez Castaño, Elena: "Sobre el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares: legitimación de la intervención penal", en Matallín Evangelio, Ángela (directora): Compliance *y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 294 y ss.

impune como un antivalor que dibuja las características de un grupo social, la sociedad o incluso de un Estado.

La corrupción privada que afecta las relaciones en el entramado empresarial, mercantil y laboral, significativa por su propia naturaleza e implicancias, ha comenzado a ser vista desde otra perspectiva en estos últimos tiempos, vale decir, como necesitada de injerencia punitiva. Los diferentes cónclaves internacionales habían comenzado a tomar cuenta que no es posible efectuar cortes taxativos entre corrupción pública y privada para normativizar una y dejar sin intervención la segunda, bajo el argumento de que ella se solucionaba sola o no era corrosiva del entramado ético social, afirmándose ahora ya la convicción de que ella tiene múltiples vasos comunicantes y por igual posee efectos corrosivos y deslegitimadores de las bases de convivencia social. Si bien ya con bastante anterioridad se han dado casos de sanción judicial a prácticas de corrupción en el Sector Privado[14], que incluso se remontan en Inglaterra al siglo XIX, con el caso *Queen v. Birminghan & Gloucester Ry*, en 1842, en el que fue sancionada penalmente una entidad societaria[15], quien da un enfático inicio es la «Acción Común del 22 de diciembre de 1998», adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la Corrupción en el Sector Privado, la que erige el paradigma del cohecho pasivo y activo en dicho sector y asegura que cada Estado miembro lo tipifique como infracción penal[16], continuado con el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre Corrupción (Estrasburgo), del

(14) Los casos de la jurisprudencia americana, que desde 1942 sanciona el soborno comercial relacionado con la obtención de fórmulas de procedimientos industriales secretos, y la ley alemana contra la competencia desleal (UWG) de 1908, cuyo artículo 12 regula y castiga el cohecho pasivo y activo en la economía privada alemana (citados por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, Palestra, Lima, 2003, p. 416); véase también para el caso de Alemania el informe de WASSMER, Martín Paul: «Sistemas penales comparados. Tratamiento jurídico penal de la corrupción política y administrativa», en *Revista Penal,* Nº 3, enero 1999, Barcelona, Editorial Praxis, pp. 123 a 127.

(15) Véase al respecto ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 464.

(16) Artículo 2.- Corrupción pasiva en el sector privado
1. A efectos de la presente Acción Común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus funciones.
2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato.

27 de enero de 1999 y la Decisión Marco 2003/568/JAI, del 22 de julio de 2003, destinada específicamente a fijar reglas sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en la lucha contra la corrupción privada. En América Latina, la VIII Conferencia Internacional Anticorrupción (conocida como la Declaración de Lima del 11 de setiembre de 1997), en su considerando 40 consignó que: "Los gobiernos, la sociedad civil y el Sector Privado, deben considerar el establecimiento anual del día de lucha contra la corrupción o medida de rendición de cuentas", en una primera llamada al Sector Privado a la toma de conciencia sobre los alcances de la corrupción. Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (noviembre de 2003), en un extenso artículo 12 dedicado al "Sector Privado", fijó un conjunto de medidas a adoptar para prevenir la corrupción privada, que preveían la aplicación de sanciones civiles, administrativas y penales "eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de dichas medidas". La *Brivery Act* 2010, inglesa, fija igualmente en su normativa precisiones acerca de la corrupción en el Sector Privado(17).

La corrupción en el ámbito empresarial, que ha dado en el mundo casos muy sonados y que han repercutido para mejorar la normativa y en algunos otros para incorporar legislación específica a nivel internacional(18), ha

---

Artículo 3.- Corrupción activa en el sector privado

1. A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para esta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones.
2. Con la salvedad contemplada en el apartado 2 del artículo 4, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para asegurar que la conducta a que se refiere el apartado 1 se tipifique como infracción penal. Dichas medidas se aplicarán, como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato.

(17) Véase la sección "Anexos".

(18) Caso Siemens, transnacional alemana dedicada al rubro de la electrónica y la electricidad, que en los años 1997 al 2006 desplegó una política de sobornos a funcionarios públicos en numerosos países para la consecución de contratos; caso SciClone Pharmaceuticals, trasnacional estadounidense que comprendió en sus planes de copamiento corruptor (años 2005 a 2010) invitaciones a directores de hospitales chinos y familiares a viajes de lujo, además de dinero y regalos. El caso Olympus Corporation of The Americas, transnacional japonesa dedicada a la elaboración de productos ópticos y endoscopios que de 2006 a 2011 efectuó regalos, otorgó viajes y proporcionó grandes descuentos a médicos de hospitales públicos de varios países de América Latina. El caso Odebrecht, transnacional brasileña (que expandió sus negocios en América, Europa Asia y África) dedicada al área de construcción de carreteras y obras de infraestructura, que durante los años 1990 al 2015 realizó políticas de corrupción sistemática vinculadas a comprar decisiones de funcionarios de alto nivel de varios países de América Latina y algunos de África. Los dramáticos casos de corrupción en el fútbol-FIFA, tanto en la compra de árbitros como de las decisiones de los miembros de la FIFA para obtener sedes mundiales, se aúnan a los casos de corrupción

posibilitado que los organismos internacionales definan normativas multilaterales para una respuesta de mayor alcance frente a la corrupción privada como a la vinculada con el Sector Público.

No obstante, las fronteras se tornan, en la actualidad, frágiles y comunicables. La intervención estatal en la gestión y conducción-regulación de la economía, incluso en las sociedades liberales, ha tornado insostenible las antiguas divisiones entre lo privado y lo público.

V. EL COHECHO TRANSNACIONAL PASIVO Y EL SOBORNO TRANSNACIONAL ACTIVO

Las globalizaciones en todo orden, comenzadas a fines del siglo XX y continuadas con fuerza en el presente siglo XXI, han interdependizado en gran medida la toma de decisiones y, por lo mismo, creado un ambiente de mutuas responsabilidades para el sujeto público y los particulares, a la par que han puesto en el escenario de análisis los roles y responsabilidades de los conglomerados económicos internacionales en su vinculación con la cosa pública; conglomerados económicos internacionales que, asociados a los altos funcionarios de los distintos países donde interactúan, han configurado una particularmente peligrosa forma de corrupción del más alto nivel, esto es, la criminalidad por corrupción de los "más poderosos", de los nuevos barones de la banca, las finanzas, la industria, la tecnología y los servicios de infraestructura, que por medios sutiles, a veces abiertos, controlan el destino de los países y de sus ciudadanos, y no pocas veces las decisiones de sus gobernantes y altos funcionarios.

La irrupción de las multinacionales o grandes corporaciones económicas de naturaleza transnacional (tecnológicas, industriales, financieras, bancarias, farmacéuticas, militares y de servicio, entre otras) que dominan y controlan los mercados e interactúan estrechamente con los Gobiernos y las clases políticas, muchas veces condicionándolos o comprándoselos, ha posibilitado, sociológicamente hablando, que nos podamos referir al ***cohecho y soborno transnacionales***. Se entienden estas figuras como las diversas prácticas de aceptación o solicitud, entregas u ofrecimientos de dinero, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa[19] a los funcionarios y empleados públicos de un país extranjero,

---

en los ámbitos sanitarios, automovilísticos, en la financiación de partidos políticos y campañas electorales, además de los farmacéuticos ya reseñados.

(19) Véase al respecto el artículo VII de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (*Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control*, cit., p. 546).

sea en el lugar donde residen los agentes cohechadores o fuera de él, para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura. Las características de este soborno se diferencian de la corrupción tradicional, entre otros aspectos, por las implicancias político-sociales del mismo, que provocan el subsiguiente desmoronamiento de los valores ético-políticos; por la fuente de producción activa del soborno, que considera tales prácticas un mecanismo ajustado al movimiento internacional del capital, estableciendo incluso asignaciones propias para tales fines en el presupuesto de las grandes empresas transnacionales; y, finalmente, por el grado de presión y chantaje que sobre la clase política de los países supone el poderío de dichos conglomerados sin nacionalidad ni moral que no sea otra que el lucro y el poder. Naturalmente que el soborno, en esta perspectiva, más que un caso de tipicidad penal es un fenómeno social negativo de dimensiones mundiales.

En la actualidad es ya numerosa la legislación internacional, tanto de la Unión Europea como de las Naciones Unidas, pasando por la Organización de Estados Americanos que regula el soborno transnacional. Situación distinta es la que ofrecen las legislaciones penales nacionales con relación al compromiso asumido de incorporar en la estructura normativa de sus Códigos dicha figura y de hacerlas efectivas en su aplicación y cumplimiento.

El **cohecho y el soborno transnacionales** dan cuenta así de dos direcciones de la corrupción a gran escala con dimensiones e implicancias internacionales. Con las caracterizaciones propias de los tratados y con lo registrado en cada legislación puede consensuarse que el primero, es decir, el cohecho transnacional, por definición, es aquel delito cometido por funcionarios o servidores públicos de Estado extranjero o de organismos internacionales de carácter público que llevan a cabo conductas inherentes a la lógica de corrupción (solicitar, recibir, aceptar donativos, ventajas o promesas) a efectos de contraprestar sus actos funcionales en el mercado de las actividades económicas internacionales. El soborno transnacional, en cambio, es, en varias de sus hipótesis, la contraparte del cohecho transnacional, y se halla caracterizado por aquel delito en el que terceras personas se vinculan o intentan hacerlo con funcionarios de otro Estado o de organismos internacionales públicos para ofrecerles, darles u otorgarles donativo, ventaja o promesas, a efectos de lograr de estos decisiones o, en general, actos funcionales que satisfagan sus intereses en el mercado de negocios o actividades económicas internacionales.

El **bien jurídico protegido** con las modalidades de cohecho pasivo y soborno transnacionales es, obviamente, proteger los negocios y actividades internacionales de contenido económico de las prácticas corruptoras

tanto de los funcionarios como de terceras personas (generalmente conglomerados económicos e industriales), en otras palabras, asegurar integridad en los negocios internacionales propiciando el cumplimiento de los valores imparcialidad y profesionalismo y sobre todo confianza en el mercado global con la adopción de decisiones de compromiso multilateral.

Dando cumplimiento a los acuerdos adoptados por la OCDE en la «Convención sobre soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», del año 1997, España es uno de los países occidentales cuyo Código Penal a la fecha ha cumplido con regular la figura del soborno transnacional. Así, mediante la Ley Orgánica 3/2000, del 11 de enero, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, ha ingresado en el Código Penal el artículo 445 bis, el mismo que señala que: «*Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieran o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de estos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos*». *Chile* igualmente ha incorporado, mediante Ley N° 19829, del 8 de octubre de 2002, en su Código Penal la figura del soborno transnacional (artículos 250 bis A y 250 bis B).

El Código Penal peruano, de conformidad a lo establecido por la Convención Interamericana Contra la Corrupción (1996) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2002), ha cumplido con regular expresamente en dos figuras penales las tipologías concernientes a los delitos de cohecho pasivo transnacional y soborno o corrupción activa transnacional. El artículo 397-A fue la primera tipología insertada, en marzo del año 2009, en el Código Penal, dando cumplimiento a la exigencia formulada por el artículo VIII Soborno Transnacional de la carta continental señalada. En el mes de junio de 2011, acogiendo las recomendaciones de la carta de las Naciones Unidas referida (artículo 16.2 de la Convención), la Ley N° 29703, del 10 de junio de 2011, ingresó, mediante el artículo 393-A, en el Código Penal la figura de cohecho pasivo transnacional.

Caracterizan al cohecho pasivo transnacional del artículo 393-A la calidad de los sujetos activos del delito, constituidos por un funcionario o servidor público de otro Estado y por el funcionario de un organismo internacional público, que son los llamados a realizar la conducta típica de

aceptar, recibir o solicitar donativo, cualquier ventaja, promesa o beneficio, de forma directa o indirecta, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales. Se trata así de funcionarios distintos a los nacionales que desarrollan sus funciones para otro Estado o para un organismo internacional público, lo cual quiere significar que el escenario de aplicación del cohecho pasivo transnacional está relacionado a negocios y contrataciones internacionales en los cuales dichos funcionarios juegan roles de importancia. El diseño de esta figura penal ha tomado de la tipología nacional de cohecho pasivo tanto las conductas típicas como los mecanismos corruptores, apartándose del modelo propuesto por las Naciones Unidas, que solo hace alusión a la "aceptación-solicitud" y al "beneficio indebido", ampliando así las escuetas fórmulas de la Convención. Igualmente se aprecia la fuerza del diseño nacional en las modalidades pasivas propia e impropia del artículo 393-A.

Tanto el tipo penal 393-A como el 397-A (referido al soborno transnacional) están pensados para negocios y actividades económicas o de comercio internacionales que involucran ingentes capitales. Lo que nos lleva a concluir que estas modalidades de corrupción internacional no pueden producirse por fuera de dichos escenarios de actuación, esto es, que poseen un delimitado y preciso campo de aplicación. Es esta la segunda característica distintiva del cohecho pasivo y del soborno transnacionales, que se agrega al tema de la autoría.

El factor "lugar de comisión" de estos delitos da cuenta de escenarios extraterritoriales en los cuales puede producirse la entrega de donativo, ventaja o beneficio de aquel donde se produce la actividad o negocio. En la práctica, estos tipos penales terminan configurándose como figuras penales simbólicas de poca concreción, dado lo difícil de procesar con normas nacionales –ante la inexistencia de procedimientos internacionales anticorrupción efectivos– a funcionarios de otros Estados o de organismos públicos internacionales y el compromiso o implicancias que ello supone, pese a la frecuencia con la que se producen dichas conductas.

VI. LA CORRUPCIÓN DELICTIVA VINCULADA AL ÁMBITO FUNCIONARIAL EN EL CONTEXTO LEGAL INTERNACIONAL: CUESTIONES DE NORMATIVIZACIÓN, AUTORÍA Y BIEN JURÍDICO

No existe en el mundo legislación que deje de castigar a los agentes públicos que utilizan el poder que da el cargo para abusar de él, defraudar al Estado o enriquecerse. El tema de la corrupción es motivo de interés y

preocupación mundial. Congresos, conferencias, campañas anticorrupción y denuncias han colocado la problemática en una cuestión de primer orden[20].

En Roma, el soborno de los funcionarios alcanzó altos niveles de incidencia durante la República y sobre todo en la etapa imperial. En la República romana, el delito adquirió el nombre de *crimen repetundarum*. En la Ley de las XII Tablas se estableció: «Pena de muerte contra el Juez o árbitro nombrado por el magistrado, que haya recibido dinero por pronunciar su sentencia»[21]. Posteriores regulaciones, la *Lege Calpurnia*, *Acilia* y la *Lege Iuliae de Pecunis Repetundis,* reprimieron tanto la recepción de donativos y regalos como las exacciones y concusiones por parte de los magistrados y jueces, aunque con menor rigor represivo y generalmente con penas de multa.

Destaca en el escenario contemporáneo de la legislación internacional la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero), de 1977, decidida por el Congreso de los Estados Unidos *–luego de sonados casos de corrupción que se sucedieran teniendo como actores a un gran número de empresas norteamericanas que efectuaron pagos corporativos a funcionarios de otros Estados para asegurase contratos–*, que criminalizó la entrega de sobornos a funcionarios de otros países orientados a asegurar y obtener contrataciones en el comercio internacional; acta que sentó las bases para la regulación del soborno transnacional y dio lugar a una posterior legislación tanto en los Estados Unidos como en Europa para regular las conductas corruptoras de los conglomerados internacionales. FCPA que luego, bajo presión de las multinacionales, fuera modificada, pero que sin duda jugó un papel de suma importancia para la creación de convenciones multilaterales y grupos especializados de cooperación internacional que entraron a crear normativas marco en la lucha contra la corrupción internacional y la criminalidad organizada, a la vez que sumaron esfuerzos conjuntos[22]. Así, se sucederán ulteriormente: la Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (Mérida,

(20) Claro, aunque sea sutilmente irónico que no pocas veces quienes organizan y están detrás de tan inusitado interés anticorrupción con su aparatoso despliegue publicitario sean los propios e intocables agentes del delito (¡paradojas del poder!), de aquel gigantesco monstruo o *Leviathan* del que hablara metafóricamente Thomas Hobbes en 1651.

(21) Tabla IX (*de jure publico*). Véase Ortolán, Mario: *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Madrid, Leocadio López Editor, 1872, p. 112.

(22) Véase con detalle un análisis de la FCPA en Benito Sánchez, Demelsa: "La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*", en Castro Moreno, Abraham y Otero González, Pilar (directores): *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 115 y ss.

Venezuela), el Convenio OCDE de 1997 de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales, la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado (Palermo, 2000), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), además de otros convenios en el seno de la Unión Europea, Asia y África (Convención Africana Anticorrupción de 2003); la creación en 1999 de la Greco (Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa), en 2019, la creación en Lima de la GTCT (Grupo de Trabajo Especializado en la lucha contra la Corrupción Transnacional), organismo latinoamericano y del Caribe que convoca esfuerzos anticorrupción. Interesa, igualmente, la *Brivery Act* de 2010, aprobada por el Parlamento inglés y que establece normas de criminalización y sanción –mejorando las anteriormente existentes– que regulan el soborno y fraude internacional, fijando delitos y penas de hasta 10 años para las empresas, funcionarios y particulares, que pueden perseguirse bajo criterios normativos de extraterritorialidad. Esta ley, de moderna factura legislativa, establece deberes empresariales mediante la internalización y aplicación de los programas de *compliance,* que optimicen la responsabilidad corporativa, social y ambiental de los funcionarios de la empresa y provean de una ética de integridad y corrupción cero, pudiendo jugar el papel de eximentes de responsabilidad penal.

En el contexto normativo penal internacional actual, el tratamiento dado al tema de la autoría por delito de cohecho pasivo, sobre todo en Europa[23], incluye tanto a funcionarios como a empleados públicos. Suecia, Austria y Alemania lideran la tendencia que ***amplía la autoría a funcionarios y empleados del Sector Privado***. Esta ampliación del círculo de autores por delito de cohecho tan solo es superada por los denominados países del socialismo real (República Popular China y Corea del Norte)[24], que no hacen mayores diferenciaciones entre funcionario, empleado público y particular, dada la naturaleza de sus economías y sociedades. En países de tradición jurídica más conservadora que la sueca y alemana, como España, Italia y Portugal, la ampliación de la autoría por cohecho es más restringida, trabajándose con equiparaciones normativas a ciertos sujetos particulares vinculados por nexos contingentes y temporales con la Administración Pública.

(23) Seguimos en este punto los informes internacionales sistematizados y reunidos en el libro de ÜBERHOFEN, Michael: *La corrupción en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Ciedla, 1997.

(24) En el caso de China, su apertura restringida, controlada por el Partido Comunista, hacia algunos sectores de economía privada ha producido reajustes legales en cuanto al sistema diferenciado de sujetos públicos y privados. Véase ÜBERHOFEN, Michael: *La corrupción en el Derecho comparado*, cit., p. 31.

En cuanto al bien jurídico, se dan cuatro orientaciones bien definidas en el contexto internacional: **a)** países que no lo expresan gráficamente en los trabajos de sus académicos o por lo menos no alcanza la importancia que se registra en los países y trabajos de los países que acusan influencia del Derecho Penal europeo continental (Inglaterra, EE. UU.); **b)** países que consideran que el bien jurídico tutelado es «el interés del empleador (público o privado) en el cumplimiento leal del trabajo por parte del empleado o funcionario»[25]; **c)** países que participan de la concepción de que es la Administración Pública el bien jurídico protegido, ya como tutela al principio de imparcialidad, igualdad e integridad, o como deber de lealtad institucional y a la Constitución; y **d)** países para quienes el objeto de la tutela es la protección del Estado socialista ("realmente existente", por cierto, esto es, de base económica capitalista).

Las sanciones del delito de cohecho ofrecen un marcado contraste entre las legislaciones del socialismo real, que como en el caso de China Popular reprimen el delito hasta con pena de muerte y otras legislaciones que emplean un sistema conjunto de privación de la libertad y multas elevadas, o aquellas otras que solo fijan privaciones de libertad e inhabilitaciones. En los países que reprimen el cohecho privado se observa una menor penalidad que la impuesta para el cohecho público. Las sanciones penales a las personas jurídicas por actos de corrupción están contempladas en las legislaciones penales de Francia, Holanda, EE. UU., Inglaterra y China Popular.

VII. MODALIDADES ESTRUCTURALES DE CORRUPCIÓN DELICTIVA

Los actos de corrupción de funcionarios y servidores públicos han sido clasificados legislativamente y argumentados doctrinariamente con base en algunas tipologías que resultan de gran interés para efectos de ordenamiento, sistematización y calificación legal de los supuestos de hecho imputable a dichos agentes. El término corrupción o cohecho tiene, como ya dijimos, identidad de significados, si tomamos en cuenta sus particulares aplicaciones. Las modalidades básicas (cohecho pasivo y cohecho activo), que a continuación serán analizadas y comentadas, tienen como referentes: **a)** el origen o procedencia de la conducta típica del autor y la dirección de la acción, así como la calidad del sujeto activo o autor (cohecho pasivo y activo); **b)** la naturaleza contraria o conforme a derecho de los actos del funcionario o servidor (cohecho propio e impropio); y, **c)** el momento en

(25) Überhofen, Michael: *La corrupción en el Derecho comparado*, cit., p. 36.

que se produce el pacto y/o la recepción, solicitud u ofrecimiento (cohecho antecedente y subsecuente).

1. Cohecho pasivo

La corrupción es pasiva cuando el centro de la atención de la norma penal está colocado en la conducta del funcionario o servidor público vinculado. Es este el que se constituye en la fuente u origen de la conducta típica. Cohecho pasivo es así la modalidad de corrupción en la que el origen del comportamiento se origina en el sujeto público, quien es el que acepta, recibe, solicita o condiciona sus prestaciones funcionales o de servicio a la presencia del medio corruptor (donativo-ventaja o promesa o beneficio). El cohecho pasivo comprende supuestos legales tales como:

- Realizar u omitir un acto de función o servicio violando sus obligaciones (cohecho pasivo propio);
- Realizar un acto de función o de servicio sin faltar a sus obligaciones (cohecho impropio);
- Condicionar las prestaciones funcionales con base en la concurrencia de alguno o varios de los mecanismos corruptores.

Cuando la admisión o recepción de donativo u obsequios se produce en consideración al cargo sin vinculación con el ejercicio de sus atribuciones, esto es, sin presencia de mecanismo motivador, se torna discutible nos encontremos ante un delito de corrupción; hipótesis no normativizada en el Código Penal a título de cohecho pasivo propio o impropio, constituyendo a lo sumo y en determinados casos de importancia infracción administrativa, esto es, corrupción administrativa del funcionario o servidor.

La corrupción es igualmente pasiva cuando hay compromiso activo del funcionario o servidor al solicitar o exigir, para actuar u omitir, la entrega o promesa del medio corruptor. En el caso de que a través de la solicitud se llegue al acuerdo o pacto entre el funcionario y el *extraneus*, se incrementará el grado de ilicitud con implicancias para la determinación de pena, pero sin que ello afecte la consumación del delito. Mayor grado de ilicitud, en función del pacto, que, sin embargo, no ha merecido por parte del legislador penal un tratamiento punitivo especial. La reforma, por Ley N° 28533, de los delitos de corrupción ha supuesto autonomizar esta modalidad de cohecho pasivo propio, con el correspondiente aumento de penalidad, la que ahora exhibe en sus extremos mínimo y máximo 5 a 6 años de pena privativa de libertad.

Ofrece a primera vista dificultades de asimilación cognitiva la existencia de un cohecho condicionante que pueda ser pasivo, tal como ha sido regulado en el tercer párrafo del artículo 393 del Código. Sin embargo, y esto es válido para todas las modalidades de cohecho pasivo, lo pasivo no está referenciado en actitudes de inactividad, mínima actividad o complacencia del funcionario o servidor, sino en una valoración normativa hecha por la ley, en tanto el centro de atención de la norma penal ha sido colocado en la conducta desvalorada que se origina o toma su fuente en el funcionario o servidor público, y no en la intensidad de la misma, lo que permite comprender que tan pasivo es el aceptar como el solicitar o condicionar. No es relevante para definir lo pasivo del cohecho el papel que cumple o cumplirá el *extraneus* (en sentido estricto y amplio)[26], asunto que sí es de interés para configurar conceptual y jurídicamente el cohecho activo.

El cohecho pasivo es de ***naturaleza genérica o específica*** según que –en el primer caso– el sujeto activo del delito no esté normativamente precisado en su condición especial, esto es, se trata de cualquier funcionario o servidor público (artículos 393-394), o, en cambio –en el segundo supuesto legal–, se haya nominado con nombre propio al sujeto activo público, tal es el caso del cohecho pasivo específico (artículos 395 y 396). Como se aprecia, en el artículo 395 del Código Penal peruano se está ante un delito de cohecho pasivo específico, por la calidad del autor, ya que se ha indicado al magistrado, árbitro, fiscal, miembro de tribunal administrativo, etc., como sujetos activos exclusivos.

A su vez, el cohecho pasivo puede ser: **a)** ***cohecho pasivo propio,*** según que el mecanismo corruptor aceptado, recibido o solicitado, con compromiso volitivo del funcionario o servidor, sea para incumplir sus obligaciones funcionales, ya en sus variantes activa u omisiva; y **b)** ***cohecho pasivo impropio***, cuando en cambio los actos ejecutados por el funcionario o servidor cumplen con la ley, reglamento, por lo mismo se adecuan a su marco de atribuciones, pero se realizan bajo la influencia o fuerza motivadora de alguno o varios de los mecanismos corruptores.

2. Cohecho pasivo propio

Se tiene cohecho propio cuando el comportamiento del funcionario o servidor vinculado a **donativo** o ventaja entregada o prometida implica la realización de actos contrarios a los deberes funcionales normativizados, los mismos que pueden consistir en hacer algo en contra de lo ordenado

(26) Sobre esto remitimos *supra*, Tomo I, pp. 232 y 11.

en leyes y reglamentos como en omitir lo que está obligado a hacer, en ambos casos por razón de su función, atribuciones, cargo o empleo. Como es fácil advertir, aquí la antijuricidad del hecho es integral, tanto formal como material. Existe una violación flagrante de sus deberes normativizados y obligaciones por parte del sujeto activo del delito, lo que explica su mayor rango punitivo en relación al cohecho impropio.

3. Cohecho pasivo impropio

A diferencia del cohecho propio, aquí el comportamiento del funcionario o servidor público se limita a cumplir sus obligaciones, es decir, a actuar de conformidad con sus deberes normativos, pues los actos que realiza no están prohibidos, siendo además propios de su competencia. No se produce en esta variedad de cohecho violación o transgresión a sus funciones o atribuciones, lo que existe es quebrantamiento de imperativos éticos de naturaleza administrativa, cuya fuerza y relevancia han sido valoradas en sede penal. La ilicitud, lo reprobable penalmente radica en el hecho de haber aceptado, recibido o solicitado donativo, ventajas beneficio, o promesas futuras de donativos, beneficios o ventajas para practicar actos propios de la función o el servicio. El dolo es fundamental en esta variedad de delito. Se trata, como se puede advertir, de actos reñidos con la ética, el prestigio y la gratuidad de la función y el servicio público.

4. Cohecho activo

En esta variedad de cohecho, denominada también «soborno», la atención de la norma penal se dirige principalmente al *extraneus*, al sujeto indeterminado[27] que a través de una serie de conductas trata de corromper o compromete venalmente al funcionario o servidor público para que haga u omita algo faltando o en contra de sus obligaciones (*corrupción activa con destino propio*) o en cumplimiento de las mismas (*corrupción activa con destino impropio*), habiendo matizado la norma ambas variantes a los efectos de respuestas punitivas diferenciadas. Resultando no relevante –típica ni punitivamente–, para efectos de la consumación del delito, que solo se intente (un supuesto, en rigor, de tentativa) o que realmente se corrompa, pues en ambos casos el delito imputable al *extraneus* se habrá igualmente consumado. Define así la corrupción activa tanto la calidad indeterminada del sujeto activo como la direccionalidad y contenido comisivo de sus actos. La norma penal no está limitada en su interpretación a una noción estrictamente semántica de la frase, pues, de ser así, es tan

(27) *Infra*, p. 173 y ss.

activa etimológicamente la corrupción del *extraneus* como la del funcionario que solicita.

En el cohecho pasivo, la imputación penal va dirigida al sujeto especial que es parte de la Administración Pública. En el cohecho activo, la imputación penal recae en una tercera persona, generalmente un particular, pero también pudiendo ser otro funcionario o servidor público desvinculado por razón de la función o empleo del acto o prestación que se requiere.

El Código Penal peruano vigente ofrece dos variantes de corrupción activa: **1)** *corrupción activa genérica o indeterminada* (artículo 397), en donde el sujeto activo que trata o corrompe dirige los medios corruptores (donativo, ventaja, beneficio o promesa) a un funcionario o servidor público; y **2)** *corrupción activa específica* (artículos 398 y 398-A), en donde, en cambio, los medios o instrumentos corruptores son orientados hacia funcionarios o servidores públicos determinados: el juez, el árbitro, el fiscal, entre otros, y el miembro de la Policía Nacional.

5. Cohecho antecedente y cohecho subsecuente

Clasificación que se explica por el momento en que se produce la entrega o recepción del medio corruptor, es decir, *antes de* (para) la realización de actos comisivos u omisivos por parte del funcionario o servidor (cohecho antecedente), o *según que* la entrega o recepción se efectivicen una vez ejecutado el acto u omisión atribuible al sujeto público, es decir, por actos ya cumplidos o ejecutados por el funcionario o servidor. El cohecho antecedente es, por lo general, el más frecuente de las manifestaciones del delito de cohecho pasivo.

El "cohecho consecuente" tiene que estar vinculado a actos realizados previamente y durante el ejercicio de las atribuciones por parte del sujeto público. No cabe hablar del mismo por entregas realizadas con posterioridad y al margen de tal vinculación de actos del sujeto público. No se trata de que el donativo o la ventaja se deriven de un acuerdo previo, pues en tal hipótesis estaremos en la fase de agotamiento del cohecho antecedente (en cualquiera de las modalidades estudiadas). En el cohecho consecuente o subsiguiente, el medio corruptor se activa después de los actos del funcionario o servidor que resultan provechosos para el tercero que da el donativo o ventaja, pudiendo ser tanto pasivo propio (recibiendo el funcionario o servidor público donativo, ventaja o beneficio al haber quebrantado sus obligaciones) o pasivo impropio (al recibir donativo, ventaja o beneficio por haber cumplido con sus obligaciones). Es obvio que, si bien las dos modalidades de esta forma de cohecho son discutibles, lo es mucho

más la última. La variedad de cohecho subsecuente está legislada expresamente por la norma penal peruana en los dos primeros supuestos o variantes típicas del artículo 393 del Código Penal, así como en los artículos 394, 395-A y 395-B.

El cohecho pasivo impropio subsiguiente trae aparejadas serias objeciones de legalidad, en la medida que el funcionario o servidor no ha actuado bajo un mecanismo corruptor idóneo, objetivo y preexistente, sino en la idea de obtenerlo luego del cumplimiento de sus obligaciones o atribuciones sin que ello haya supuesto infracción de sus deberes normativizados, lo cual coloca a la injerencia punitiva en un serio entredicho de razonabilidad. Lo que se afirma con mayor fuerza si tomamos en consideración que no debe existir pacto o contacto ilícito que haga comunicable y genere conocimiento de ambos (funcionario y tercero) de las intenciones crematísticas del funcionario/servidor público.

6. Observaciones pertinentes

Se ha cuestionado las clasificaciones del cohecho con base en los parámetros activo-pasivo, por estar centrados solo en consideración exclusiva al autor, mas no a la naturaleza y calidad de la acción. La crítica va también al parámetro propio e impropio, por cuanto, por definición, lo que es impropio de delito no debería tener un marco penal de criminalización; lo que ha generado, en tanto respuesta alternativa, la necesidad de plantear un reajuste formal en el diseño propio-impropio y su sustitución[28] por la tipología de cohecho básico (impropio) y agravado (propio), que superaría las fragilidades semánticas de la anterior clasificación. Esto grafica así la inexistencia de consenso en la ciencia penal en temática de *nomen iuris* clasificatorio.

VIII. LOS MEDIOS CORRUPTORES

La Sección IV del Código Penal, que contiene las figuras de corrupción de funcionarios y servidores públicos, utiliza de forma recurrente tres términos de rancio abolengo decimonónico, que vienen a constituirse en los medios o instrumentos de corrupción más caracterizados: el donativo, la promesa y cualquier otra ventaja, a los que se suman las dádivas y los presentes[29]. La dádiva, que era utilizada en la redacción anterior (antes

(28) Véase al respecto Morales Prats y Morales García, en Quintero Olivares *et al.*, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1194.

(29) La dádiva y los presentes serán estudiados con algún mayor detenimiento en el análisis que se hace a los artículos 399 (corrupción activa genérica) y 401 (enriquecimiento ilícito).

de las reformas de la Ley N° 28355) para el cohecho activo genérico y en la cláusula complementaria referida al enriquecimiento ilícito, ahora solo permanece para este último delito. Se ha incorporado además el «beneficio», con lo cual el legislador considera haber cerrado la gama de posibilidades modales de corrupción, por lo menos en cuanto medios corruptores. Si es que no concurriera alguno de estos mecanismos corruptores (alternativamente cualquiera de ellos), sencillamente el hecho deja de ser típico, no hay delito de cohecho[30].

***Otras legislaciones penales**, como la española de 1973,* hacen uso de los términos: "dádiva, presente, ofrecimiento, promesa" (el Código de 1995 agrega "favor" y "retribución de cualquier clase"). La legislación penal alemana, por su parte, utilizaba originariamente las palabras "donativos y otros beneficios" (cohecho pasivo), y donativos, beneficios, ofertas y promesas (delitos de cohecho activo); en la actualidad, ha sintetizado todos estos términos, los que han sido sustituidos mediante la palabra "*Vorteil" (ventaja, una ventaja como contraprestación*) sin complementarla con ninguna adjetivación (indebida, cualquier otra, etc.), que es utilizada tanto en el cohecho pasivo como activo. La legislación penal francesa actual, en forma similar al derogado Código de 1810, anota los siguientes vocablos: ofrecimientos (*offres*), promesas (*promesses*), donaciones (*dons*), presentes, cualquier ventaja (*des avantages quelconques*). El Código Penal suizo hace uso de los términos oferta, promesa o ventaja. El Código Penal italiano vigente prefiere hablar directamente de dinero (*denaro*), otra utilidad (*altra utilitá*) y promesa (*promessa*). El Código Penal portugués utiliza una fórmula binaria *vantagem patrimonial o não patrimonial*, o *sua promessa*. En el Código Penal argentino, las alusiones comprenden al "dinero", cualquier otra dádiva y promesa directa o indirecta. México, a través de su Código Penal, emplea "dinero", cualquier otra dádiva y promesa. Bolivia, por su lado, hace uso de: "dádivas", cualquier otra ventaja, ofrecimientos y promesas. Colombia emplea los términos "dinero", otra utilidad y promesa remuneratoria. Chile enfatiza la frase "beneficio económico" y usa minoritariamente el vocablo "derechos". Brasil emplea ventaja indebida o promesa de tal ventaja. Puerto Rico: "dinero", cualquier beneficio, proposición en tal sentido. Honduras: "dádiva", presente, ofrecimiento, promesa. El Salvador: "dádiva", cualquier otra ventaja indebida, promesa de retribución de la misma naturaleza. República Dominicana: "dádiva", promesa. Uruguay: retribución no debida, aceptare la promesa de ella, dinero u otro provecho o acepta su promesa.

(30) Una pormenorizada exposición sobre la dádiva, el presente, el ofrecimiento y la ventaja véase en Olaizola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 305 y ss.

Las legislaciones (históricas) *francesa* (Código derogado de 1810) hacía uso de los siguientes términos: ofrecimientos, promesas, donativos, presentes; e *italiana* de 1889 contemplaba al dinero, retribución no debida, promesa, otro beneficio. El Código Penal español refundido de 1973 (derogado), al hacer mención a la dádiva, regalo, presente, ofrecimiento, promesa, seguía el hilo conductor de los antiguos Códigos de 1850, 1870 y 1928. De los Códigos peruanos derogados, el de 1863 no aludió a forma alguna de medio corruptor; el de 1924, en cambio, sí hizo referencia expresa a donativo, promesa cualquier ventaja, ventaja indebida, regalos, dádiva.

El donativo, la promesa, la ventaja o el beneficio utilizados por nuestra legislación penal (incluidos la dádiva y el presente) adquieren naturaleza de medios corruptores en la medida que estén vinculados a actos que quiebren o intenten quebrar la corrección, profesionalismo e integridad (en una palabra, la imparcialidad) de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones. El uso de estos medios resulta predicable tanto a los particulares como también a los agentes públicos.

Es obvio que el Código Penal peruano actual y vigente desde 1991 sigue manteniendo la fórmula de tres componentes que se apreciaba en el derogado Código reformado de 1924, esto es, el "donativo", "promesa" y "cualquier otra ventaja", al cual le fue agregado en el año 2004 el "beneficio", por efecto de la Ley N° 28355. Sin embargo, se hace también uso de los términos "dádiva" y "presente" en el artículo 401-A, referido al delito de enriquecimiento ilícito, que no se hallan incorporados en las diferentes modalidades de cohecho pasivo y cohecho activo, que marcan una línea de diferencia en el uso de los mecanismos corruptores.

La inclusión del «beneficio», en cuanto cuarto medio corruptor, sin que se expongan las razones de tal incorporación legal, presenta un nuevo reto para la labor de la interpretación jurídico-penal al que hay que dotar de razonabilidad de uso. Queda, sin embargo, latente el trabajo de evaluar la necesidad de la presencia de los cuatro términos seleccionados y decididos legislativamente a fin de procurar reducirlas a las mínimas indispensables, si bien no propiamente como el modelo logrado por el Código Penal alemán, pero sí mediante un esquema que permita obtener consensos conceptuales.

1. El donativo

El donativo penalmente relevante de los delitos de corrupción es aquel bien mueble o inmueble que el sujeto activo acepta, recibe o solicita (en mención al cohecho pasivo) o que se ofrece o da (en referencia al cohecho activo) a cambio del acto u omisión del funcionario o servidor público, que

no le es debido legalmente y que implica un quiebre de imparcialidad y probidad, además de suponer afectación al principio de igualdad; o, mejor aún, el donativo significa el precio o pago por los actos funcionales o de servicio del funcionario/servidor público; es la recompensa que acepta, recibe o pretende por faltar a sus obligaciones funcionales o por cumplirlas. Constituye así una de las formas de contraprestación patrimonial con destino al sujeto público que acepta, recibe, solicita o condiciona, el donativo para a cambio dar a una tercera persona sus aportes funcionales o actos de servicio o a consecuencia de haberlos ya realizado.

Para la norma penal, donativo, dádiva y presente son sinónimos, expresan una misma idea: la de obsequio o regalo indebido, no merecido, más allá de que etimológicamente observen matices de diferencia. Jurídico-penalmente son concebidos como medios materiales para alcanzar algo ilícito. Es justamente este sentido teleológico o finalista el que permite diferenciar el simple donativo de uno penalmente relevante. Como señalara ya la jurisprudencia francesa, que con el antiguo Código Penal francés de 1810 desarrolló criterios en relación al donativo (*dons*), el legislador penal no se refiere a la mención restrictiva que le da el Código Civil, sino a un sentido más amplio que pone en juego abuso de poder y beneficio del funcionario público[31].

En la dogmática alemana actual ha decaído el análisis de la dádiva o donativo, en tanto elemento corruptor autónomamente configurado –que sí registraban los diseños legislativos de cohecho antes de la gran reforma producida en 1974–. En efecto, tanto el artículo 331 como el 332 del *Strafgesetzbuch* alemán aludían al donativo y la ventaja. En la actualidad solo se regula la ventaja, la misma que comprende todo provecho material e inmaterial (posición dominante), por lo mismo, incluye los donativos.

Antes de abocarnos al estudio de su naturaleza, contenido, idoneidad y finalidad, es oportuno indicar que las expresiones reproducidas por nuestro Código proceden de los antiguos Códigos españoles y francés del siglo XIX y son prototipos de una época que trataba de condensar en el ámbito de extensión semántica de las palabras la totalidad posible de actos relevantes inherentes a los actos de corrupción.

El donativo debe poseer una **naturaleza** *material, corpórea.* Su fisicalización o presencia real y objetiva posibilita diferenciarlo de la ventaja y la promesa. Los derechos *per se* inmateriales, incluso de contenido patrimonial, son mejor conceptualizados en el ámbito de las ventajas que en el donativo.

(31) T. Corr. Seine, 1 juill 1958, en MAYAUD, Yves: *Code penal Annoté*, París, Éditions Dalloz, 2018, p. 1317.

Su **contenido** da cuenta de bienes muebles e inmuebles. Por lo mismo, el donativo se halla revestido de valor patrimonial inherente a su naturaleza y traducible en dinero; contenido que apunta así a una valoración de la calidad del donativo y que se corresponde adecuadamente con el uso múltiple y diferenciado de los mecanismos corruptores que hace el Código Penal, que reserva prestaciones sin valor patrimonial o con valor patrimonial no directo en el ámbito de las ventajas no patrimoniales o patrimoniales, que son recogidas con la frase "cualquier otra ventaja", y en caso extremo con el término "beneficio". Rige aquí una interpretación restrictiva del significado del donativo, dado que existen otros mecanismos corruptores (ventajas, beneficios) que subsumen con mejores resultados de tipicidad medios corruptores no necesariamente patrimoniales. Aquí se manifiesta una de las particularidades del sistema de mecanismos corruptores adoptados por la legislación peruana, que permite estratificar y diversificarlos en comparación, por ejemplo, con el modelo alemán que ha restringido al máximo (el Código Penal alemán solo usa el término "ventaja") y portugués que ha reducido a dos palabras (Código Penal portugués: "ventaja" y "promesa") el empleo de dichos mecanismos. En el plano jurídico-dogmático, el diseño nacional nos libera del trabajo de someter a análisis el donativo bajo los miradores de las teorías objetiva y subjetiva que se tiene que efectuar en otros contextos legislativos (por ejemplo, el caso del Código Penal español vigente, que no hace uso legislativo del vocablo "ventaja" en sus fórmulas legales de cohecho)[32].

Son así donativos con presencia en territorio nacional o en el extranjero: el dinero, artefactos electrónicos, obras de arte, licores finos, automóviles, joyas y, en general, todo bien con valor en el mercado. El donativo puede ser ofrecido o entregado por una persona natural (individualizada o un conjunto de personas) o una persona jurídica de modo directo o utilizando a terceras personas, pero siempre –por las características de nuestra legislación penal– deberá ser individualizada la persona física como su dador o fuente material de corrupción. La acepción jurídico-penal de donativo no tiene sinonimia con la donación entendida jurídico-civilmente, pues posee un espectro direccionado más amplio de usos y cometidos.

La **finalidad** del *donativo* penalmente relevante tiene que ver con su destino u orientación final: mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta de utilidad o provecho para el que otorga o promete como para el que acepta, recibe

(32) Al respecto, véase, entre varios autores, el análisis de la dádiva efectuado por Valeije, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 131 y ss.

o solicita. De modo tal que obsequios o regalos que no cumplan esta condición *sine qua non* son componentes materiales atípicos de cohecho, al estar desvinculados de la esencia y orientación misma que da cuenta de la existencia del donativo en tanto mecanismo corruptor. La finalidad de destino del donativo tiene así que ver tanto con el funcionario y servidor vinculado como con su funcionalidad, esto es, con su capacidad o suficiencia para mover la voluntad del sujeto público conforme a las pretensiones del agente corruptor.

La **entidad** del donativo hace mención tanto a su dimensión cuantitativa (entidad material) como a su aptitud objetiva, a su poder motivador (entidad cualitativa) para ser reputado de interés penal en la lógica de configuración del delito de cohecho. Esto nos lleva, en primer lugar, a tomar en cuenta la cantidad de donativo para ser considerado penalmente relevante, como igualmente nos conduce a considerar la tesis de si en materia de cohecho o corrupción carece de importancia a cuánto haya ascendido el *quantum* del donativo, esto es, que, dado el compromiso funcional, se torna irrelevante se trate (el donativo) de un sol, cinco dólares, mil soles, veinte mil dólares o un millón de dólares el dinero aceptado, o el valor del bien recibido o solicitado por el sujeto público vinculado. Ambas teorías afirmativa y negacionista, se reparten el escenario de análisis, la *primera* plantea una **tesis objetiva material o afirmativa de la cuantía** para diferenciar cohechos penalmente relevantes de los que no adquieren dicha característica, con base en criterios de (i) entidad mínima, que aleja los donativos nimios o insignificantes del interés penal, (ii) proporcionalidad, que conecta el *quantum* o monto del donativo con la significatividad de la prestación funcional, lo que trae consigo criterios de ponderación en materia de aplicación de pena; la *segunda* ofrece una **tesis formal subjetiva, inmaterial o negacionista** del valor e importancia de la naturaleza patrimonial del donativo y de su cuantía, considerando que en materia de corrupción funcionarial no es necesario ni atendible establecer o plantear una intervención de *ultima ratio* y/o estimar criterios de insignificancia o bagatela, dado el grave compromiso para el bien jurídico protegido que genera la conducta de funcionarios y servidores que incurren en las figuras penales de corrupción en las que, más que la cuantía del donativo, interesa el quiebre de los deberes de función asociados a la venta de las prestaciones públicas. Por lo mismo, tanto se castigará el donativo insignificante como aquel de alta significatividad en dinero, o con prescindencia de su valor económico (caso de las ventajas o beneficios), siempre que hayan sido motivadores del comportamiento funcional; incluso –en una posición extrema– sin que sea determinante que haya motivado o no la voluntad del sujeto público, a condición que haya significado una mejora indebida –por mínima que fuere– en la situación del

funcionario o servidor público. Dicha tesis negacionista permite una vasta protección del bien jurídico tutelado con los tipos penales de corrupción funcionarial y corrupción activa. En España es representante de esta posición mayoritaria, entre otros, OLAIZOLA NOGALES(33).

Por cierto, que la teoría negativa o formal subjetiva de la cuantía, de mucho uso en política y en campañas anticorrupción –que se esboza y a veces se desnaturaliza con el contenido significativo de frases tales como "corrupción cero", "imprescriptibilidad de los actos de corrupción", "no a la impunidad"–, es bastante atractiva –al expresar "buenos deseos"– y efectista –al desencadenar políticas populistas–; sin embargo, tiene la desventaja de efectuar posibles injerencias punitivas que pueden resultar desproporcionadas.

La tesis de la importancia del *quantum* parte de considerar que no todo donativo tiene interés penal, lo que comprende tanto al que se da sin vinculación con una contraprestación funcional (que podría configurar actos de corrupción administrativa, mas no penal) como el que en determinados supuestos es aceptado por el sistema de normas (así, los párrafos finales de los artículos 331, 332 y 333 del Código Penal alemán, que describe cohechos consentidos, además de las particulares determinaciones normativas sobre el cohecho parlamentario (*Bestechung von Mandatsträgern*), una de cuyas hipótesis admite justificación, (artículo 108.4 del *Strafgesetzbuch*), hasta llegar a las entregas de bienes de escaso valor económico en contextos culturales determinados, como también aquellos casos que son considerados comportamientos socialmente adecuados. Por fuera de dichas hipótesis se afirma la relevancia o interés penal del donativo, en tanto mecanismo corruptor. Finalmente, cabe señalar que la incorporación de la pena de multa en los tipos penales de cohecho ha contribuido a fortalecer la tesis afirmativa de la cuantía del donativo.

En esta idea, se consideran atípicos de cohecho donativos insignificantes o nimios que en una lógica de estimación promedio carecen de valor para motivar la voluntad del sujeto público vinculado. PAGLIARO sostiene, entre varios, la tesis objetiva de la proporcionalidad, según la cual la sola relación de medio a fin o de causalidad psicológica conduciría al absurdo de admitir corrupción también cuando sea dada o prometida una utilidad insignificante respecto a la importancia del acto contrario a los deberes de función(34).

(33) Véase OLAIZOLA NOGALES, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 345 y ss.

(34) PAGLIARO, Antonio: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pública amministrazione*, cit., p. 169.

La tesis de **la proporcionalidad**, dominante en la doctrina y jurisprudencia italiana, en el análisis del mecanismo corruptor "dinero" "u otra utilidad", consignados en los tipos penales de cohecho del *Codice penale italiano* (artículos 318 al 320), es igualmente presentada por ARDENGHI en los siguientes términos: "El dinero o utilidad dado o prometido al funcionario público debería ser proporcional al acto de oficio, es decir como compensación o contraprestación respecto a la actividad del *intraneus*, con la consecuencia de excluir del ámbito de la corrupción impropia los pequeños regalos de cortesía, efectuados por razones de amistad o agradecimiento (flores, libros, botellas de vino) o los obsequios de propaganda comercial de modesto valor (pensemos en los diarios, calendarios, bolígrafos que distribuyen las empresas con su propia marca con fines publicitarios). En tales casos, de hecho, la evidente desproporción entre el acto del cargo desempeñado por el funcionario y la compensación recibida hace que la conducta del agente sea completamente inadecuada a afectar el bien jurídico protegido por la norma penal"[35].

Vinculado a la tesis de la proporcionalidad, se ha sostenido que el tema de la cuantía tendría aplicabilidad solo en los delitos de cohecho pasivo impropio, mas no en los que suponen quiebre de obligaciones propio de la función o empleo del sujeto público vinculado, esto es, las modalidades de cohecho pasivo propio.

El cuánto del donativo, esto es, el monto pecuniario mínimo del mecanismo corruptor que hace donativo, es, así, un tema debatible, pero resulta innegable que debe poseer un *minus*, por debajo del cual será penalmente irrelevante o desproporcionado derivar consecuencias penales. Incluso la noción misma de donativo perdería sentido si se prescinde de su valor o umbral mínimo. Umbral de donativo sobre el que la norma penal no fija ni determina montos, ni la jurisprudencia ha señalado pautas orientadoras, pero que, al tratarse –el concepto mismo de donativo– de una compra-venta de los actos de función y servicio público, exige sea analizado objetivamente, caso por caso, atendiendo a las circunstancias concretas y, también, a la importancia de la prestación (de competencia) del sujeto público. Si bien no es un tema sobre el cual se haya trabajado suficientemente a nivel doctrinario o jurisprudencial, analizar cuantías en materia del cohecho resulta de importancia para merituar el desvalor del acto del funcionario y también del agente corruptor, si es que no nos afincamos en el dogma de que la cuantía es irrelevante para el análisis de tipicidad de los

(35) ARDENGHI, Cristina Amalia: "Corruzione per l'esercizio della funzione", en CANESTRARI, Stefano; CORNACCHIA, Luigi y DE SIMONE, Giulio: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 148.

cohechos. La cuantía igualmente es útil para graduar la culpabilidad del agente y evitar descargas sobrepunitivas. Finalmente, permite, como bien sostiene VALEIJE, abrir escenarios de interés solo disciplinario, en una lógica de *mínima ratio* de la intervención penal[36].

Resumiendo, son características del donativo corruptor: **a)** su corporeidad, que atiende a una gran variedad de manifestaciones objetivas; **b)** su contenido y estimación económica[37], que posibilita diferenciarlo de la ventaja y el beneficio; **c)** su capacidad de transferibilidad en el mercado de bienes, que permite entender que constituye uno de los factores de compra del acto funcional; **d)** su ilegitimidad, pues se está con ello retribuyendo o comprando la conducta funcional del sujeto público, esto es, realizando actos de ilicitud; **e)** el poseer sentido final o teleológico, es decir, apuntar hacia una dirección determinada de interés penal, caracterizada por el enriquecimiento y provecho del sujeto público y de obtención de las finalidades pretendidas por parte de quien ofrece o da el donativo; y **f)** su aptitud o entidad motivadora, es decir, poseer suficiencia motivadora en la voluntad del funcionario o servidor público. Resulta contraproducente al espíritu del Derecho Penal, que por naturaleza es subsidiario y accesorio, ver cohecho en el obsequio de caramelos, chocolates, flores, retratos, lapiceros, etc., esto es, en objetos de ínfimo valor[38]; o igualmente considerar que los actos de cortesía propios de los convencionalismos sociales impliquen uso de medios corruptores: agasajos, celebración de cumpleaños, regalos navideños, considerados en la doctrina como "actos socialmente adecuados", obviamente siempre que no rebasen criterios promedio de sentido común y no habitualidad, ni que despierten sospechas fundadas de intencionalidad corruptora[39], que de producirse nos permitirían hablar de la presencia de cohechos

(36) VALEIJE Inma: *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 162.

(37) Ejecutoria del 11 de marzo de 1998 (Primera Sala Transitoria), Exp. N° 5798-97-La Libertad: "Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete, sin embargo, dada la ineficacia del medio corruptor empleado (billete nominado en intis retirado de la circulación), la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad de consumación".

(38) Ver opinión en contra de RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública, el Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 319, para quienes, si bien aceptan la atipicidad de los actos socialmente adecuados, son del criterio de que no deben tomarse en cuenta las consideraciones que giran en torno a la idea de la insignificancia de los beneficios económicos solicitados o aceptados por los empleado públicos, no solo porque en situaciones de apremio económico un funcionario puede acceder a los requerimientos de un particular aun frente a ofrecimientos de bajísima cuantía, sino también porque así lo reclama una adecuada protección del bien jurídico.

(39) Al respecto véase BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 114; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA en QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la parte especial del*

disfrazados de aparente inocuidad típica. Asimismo, están lejos de ser donativo penalmente relevante los aportes para actos de caridad o colectivos por motivos fundados de salud del funcionario y/o servidor.

La «*coima*»[40] es el nivel mínimo del donativo y cubre igualmente los casos de cohecho pasivo propio o impropio, e incluso el cohecho activo. Es discutible que los favores sexuales estén dentro del campo del donativo[41]. Donativos que no vayan en provecho del sujeto público, sino de la institución (caso del policía que solicita o acepta gasolina para el patrullero o del empleado que acepta material de oficina) han sido considerados (conocidos en la doctrina como "cohecho transversal") en la jurisprudencia española carentes de contenido penal de cohecho[42], al no existir el elemento subjetivo del delito, que de producirse nos permitirá hablar de la presencia de un cohecho disfrazado de aparente inocuidad típica. Sin embargo, el tema admite amplia polémica, como será apreciado más adelante.

Los donativos "filantrópicos", esto es, desprovistos de finalidad de contraprestación de parte del funcionario o servidor público, son igualmente atípicos. No obstante, es posible que al análisis del órgano fiscal o judicial se tornen penalmente relevantes cuando su carácter desinteresado resulta aparente y esconde reales motivadores de la voluntad funcional del sujeto público.

2. La promesa

Este mecanismo corruptor viene a ser la propuesta u oferta hecha al funcionario o servidor de efectuar la entrega del donativo o la concesión de ventaja o beneficio en un futuro convenido[43], por lo mismo es una

---

Derecho Penal, cit., p. 1199; RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 1172. Revísese igualmente el valioso trabajo de VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996, p. 128 y ss.

(40) Véase la ejecutoria suprema del 2 de noviembre de 1998, Sala Penal C, Exp. N° 1086-98-Lima, policía de tránsito que acepta dos nuevos soles para no colocar papeleta a infractor (en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 474).

(41) Véase *infra,* pp. 51, 402, 702 y 703.

(42) MORALES PRATS cita el caso de un funcionario municipal que solicitó dinero, el mismo que fue empleado íntegramente para "sufragar los gastos derivados de la creación de una banda municipal de música y en la reparación de parte de un colegio público, finalidades que se hallaban acordes con la actividad desempeñada por el funcionario y que en ningún caso cuestionan el principio de imparcialidad y objetividad" (MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1200).

(43) La promesa y el ofrecimiento deben estar circunscritos a la entrega del donativo o la ventaja; ampliar la tipicidad a otros medios sería hacer analogía *"in malam partem"*. Ver sobre esto RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 1175.

declaración de voluntad no generadora de actos jurídicos. La promesa es así la mensajera de una retribución (donativo, ventaja o beneficio) anunciada en tiempo futuro al sujeto público a efectos de motivar determinados actos funcionales. Pero no cualquier promesa puede asumir tipicidad penal por cohecho, la misma debe ser idónea y reunir caracteres de seriedad, credibilidad y posibilidad, vale decir, poseer aptitud corruptora en condiciones de objetividad y futura concreción, sin que se requiera concurso de formalidades al estilo de las promesas regladas en la ley civil. Ofrecimientos imposibles de cumplir (inexigibles, irreales), de contenido fantástico (no objetivos o existentes únicamente en el mundo de la quimera o ficción) o inexistentes no reúnen condiciones de idoneidad, entidad y suficiencia, los que configurarán situaciones de delito imposible de corrupción o delito putativo. Lo mismo puede decirse de las promesas vagas e imprecisas. Por el requisito de idoneidad también se descartan las promesas simuladas y las carentes de fuerza motivadora para llevar a la contraprestación funcional, asunto este último a ser evaluado caso por caso. La promesa idónea en su contenido (de donativo, ventaja o beneficio), seriedad (objetividad, credibilidad o verosimilitud) y posibilidad (capacidad de ser realizable) y de cierta entidad o envergadura estará sujeta a evaluación o valoración judicial *ex ante* y con análisis de las circunstancias concretas en juego presentes en la acción.

La promesa (emitida generalmente por el *extraneus*) y su aceptación (por el sujeto público vinculado) suponen un pacto explícito o tácito de complacencia recíproca de naturaleza dolosa entre ambos sujetos. Las condiciones de seriedad y posibilidad de la promesa deben ser reconocidas por el funcionario o servidor público vinculado, no habrá promesa penalmente válida si le consta al sujeto público la impropiedad o inverosimilitud de la misma; no existe para el Derecho Penal la promesa de juego o broma. Si se presenta, por parte del sujeto público, coacción (para la dación de promesa), se articulará la modalidad de cohecho mediante condicionamiento; si hay intimidación o violencia para obtener la promesa, el supuesto de hecho concursará con el delito de concusión. El cumplimiento o no de lo pactado es irrelevante, pues el delito se consuma a nivel típico con la sola promesa (delito de simple actividad y peligro).

El contenido de la promesa puede ser muy variado. En efecto, puede estar caracterizado por su naturaleza patrimonial propia del donativo (entrega de dinero, joyas, cajas de licores costosos, en general bien mueble o inmueble) de una ventaja con equiparación patrimonial (descuentos de dinero, pasajes de avión, paquetes turísticos, contratación laboral en empresas privadas) o poseer sentido más amplio de ventaja inmaterial (la entrega futura de una condecoración, concesión de reconocimientos o títulos

honoris causa, ascensos laborales, dictar conferencia en universidades europeas o norteamericanas de prestigio), *beneficios* (préstamo de un auto de superlujo, un respirador artificial, facilitar una entrevista de ascenso, promoción laboral de familiares en entidades empresariales privadas, la mediación para una cita amorosa, etc.).

En particular, reviste especial peligro la promesa (aceptada) de contratación laboral que promueven las transnacionales o empresas de prestigio a los funcionarios públicos en ejercicio como mecanismo motivador para la compra de actos funcionales, que de concretarse implicaría la puesta en conocimiento de la entidad privada de un caudal de información que debe manejarse en reserva por cierto tiempo. Asunto contemplado en las legislaciones administrativas para funcionarios de alto nivel que deben esperar un "periodo de enfriamiento" antes de poder ingresar a laborar en la empresa privada(44).

La promesa puede ser directa o indirecta, explícita o implícita, utilizando familiares o allegados del agente público. El momento de efectivización de la promesa puede ser en un futuro cercano o mediato, incluso cuando ya ha perdido el sujeto activo la calidad de funcionario o servidor público, siempre que dicha promesa haya estado vinculada con actos propios del ejercicio funcional del agente. Lo fundamental es el vínculo de ilicitud que une los actos del funcionario/servidor con la promesa efectuada. La promesa tiene que ser hecha –para ser típica– al sujeto público o a un tercero vinculado con él y que actúa como cómplice para la realización del supuesto delictivo.

Es nota saltante de la promesa estar constituida por contenidos que no le son propios, ya que la promesa requiere estar completada por algún donativo, ventaja o beneficio en favor del funcionario o servidor público. Es altamente discutible que la promesa solo se halle referenciada en el donativo, de modo que promesas de ventajas o de beneficios no sean comprendidas por la norma penal, constituyendo ello expresiones de atipicidad.

En la legislación penal española (artículos 419 y 420 de dicho Código Penal) se diferencia entre ofrecimiento y promesa, donde la primera tiene inmediatez o una mayor cercanía temporal del compromiso de dar u

(44) Al respecto véase Cugat Mauri, Miriam: "Elementos subjetivos del delito y límite de las *compliance* anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal parte general y especial,* compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020, p. 922.

otorgar al funcionario una dádiva o ventaja que la promesa, mientras que esta última se proyecta al futuro mediato.

3. La ventaja

El Código, después de la reforma producida por la Ley N° 28355, ha eliminado la predicación «otra» y «de cualquier clase», que acompañaban al término ventaja, ha mantenido en cambio el pronombre indefinido «cualquier», referido a la ventaja.

La ventaja patrimonial o extrapatrimonial (inmaterial) cumple, en el manejo técnico legal del legislador penal peruano, un papel subsidiario, pues abarca todo medio corruptor de naturaleza objetiva que no sea susceptible de ser considerado donativo, diferenciándose así del beneficio, que por definición basa su contenido en una naturaleza subjetiva personalizada. Los tipos penales de cohecho abren así un amplio espectro de mecanismos corruptores idóneos y suficientes a título de ventajas que contemplan, por ejemplo: empleos, colocación en áreas específicas y buscadas de trabajo, ascensos, premios, cátedras universitarias, otorgamientos de posgrados y condecoraciones, promociones, viajes, becas, descuentos no usuales, servicios varios dados gratuitamente, participación en utilidades, servicios gratuitos, mano de obra pagada por el tercero, ingreso a clubes o asociaciones, etc., que mejoran la situación del funcionario o servidor público. Las ventajas, por lo general, son a favor del sujeto público; cuando están dirigidas en favor de terceras personas vinculadas con el funcionario o servidor deben ser objeto de análisis y evaluación judicial para dilucidar su nexo con los actos practicados por el funcionario/servidor público, con base en referentes objetivos.

La ventaja otorga un privilegio no merecido al sujeto público. Su naturaleza, dada la denotación amplia que le confiere el Código Penal en el marco de los delitos de corrupción, puede ser, por lo tanto, patrimonial o no patrimonial, material o subjetivo-normativa (honores, investiduras, etc.). Las precisiones gramaticales *«cualquiera otra»* (se mantiene en la actual y reformada redacción) o *«de cualquier clase»* (eliminada) cumplen la función, por demás innecesaria, de poner en evidencia que para la norma penal no interesa cuál sea la ventaja, con tal que sea idónea para motivar la voluntad funcional hacia las prestaciones requeridas por el agente corruptor vinculadas con los actos de función o servicio.

La ventaja simple requiere en la mayoría de los casos –cuando no sea evidente– ser traducida en términos patrimoniales, esto es, no obstante no tener directamente naturaleza patrimonial, debe ser susceptible de equiparación en tal sentido. Ello posibilita racionalizar el uso extremo de la ventaja

señalada por la norma con la frase «cualquier ventaja», la que hace alusión además a ventajas no materiales o subjetivas. No se trata de que «cualquier ventaja» excluya a las patrimoniales o parapatrimoniales, sino que la locución ha sido utilizada por el legislador con sentido inclusivo y abierto.

La frase «cualquier otra ventaja» puede ser entendida tanto cualitativamente como cuantitativamente. En el primer ámbito para graficar la diferencia de especie, en el segundo para connotar la entidad o mensurabilidad de la ventaja. Ventaja, entendida cualitativamente, hace mención a la diversidad de expresiones o manifestaciones de dicho medio corruptor. Ventaja, en su lectura cuantitativa, alude a la ventaja significativa como a la de mínima trascendencia. Esta segunda lectura en su aplicación ortodoxa puede llevar, al igual que con el donativo, a excesos en la injerencia punitiva cuando se la asume en su extremo mínimo.

Cabe resaltar que el legislador emplea la locución «cualquier otra ventaja» en los tipos de cohecho pasivo, es decir, con relación a la actividad del funcionario o servidor público, mientras que en los tipos de cohecho activo genérico y específico (cometidos por particulares ajenos institucionalmente a la Administración Pública), hace uso de la expresión "ventaja", con lo cual podría inferirse que para el primer caso el medio corruptor empleado adquiere una amplia significación, mientras que en el segundo caso la ventaja debería ser restringida a su acepción o significación (traducibilidad) patrimonial. Cabe indicar igualmente que en el tercer párrafo del artículo 393, que criminaliza una modalidad agravada de cohecho pasivo, el legislador alude solo a la expresión «ventaja».

Son notas saltantes de la ventaja: ser real (con existencia objetiva), posible (realizable u objetivable), verificable (con aptitud para ser demostrable), no hipotética o presumida, y con capacidad o idoneidad para mejorar –en sentido amplio– en diversidad de orientaciones la situación de quien lo solicita, siendo el sentido patrimonial el de mayor incidencia, sin que se restrinja en exclusividad a él.

En los delitos de cohecho, el sentido jurídico penal de "cualquier ventaja" –lo mismo sucede con el "donativo"– es el precio requerido o convenido por el funcionario/servidor para la venta del acto funcional, de ahí su interés a los efectos de su criminalización, por lo mismo, requiere de objetivación e idoneidad. Abanto Vásquez, en la doctrina nacional, sostiene que la ventaja solicitada se refiere a cualquier beneficio que pueda recibir el sujeto activo del delito, de contenido patrimonial o extrapatrimonial, pudiendo abarcar a bienes muebles o inmuebles y cualquier otro bien incorpóreo e incluso a las prestaciones de servicios idóneos para influir en

su decisión de vender la función (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., pp. 435 y 436), razonamiento no necesariamente correcto, al identificar ventaja con donativo.

La ventaja (*Vorteil*) ha sido definida en la dogmática alemana –con la que el Código Penal alemán, en sus artículos 331 a 335, construye los diversos delitos de cohecho pasivo y activo–, en la actualidad la más autorizada fuente de interpretación de dicho mecanismo corruptor, como aquella situación que siendo indebida mejora u optimiza la posición del sujeto activo. Los profesores KINDHÄUSER y HILGENDORF nos ofrecen una lograda definición cuando sostienen que ella es cualquier prestación material o inmaterial que no sea objeto de un reclamo legal exigible y que mejora objetivamente la situación legal, económica, incluso personal del receptor: contratación laboral, relaciones sexuales, aplazamiento de reclamaciones, etc.(45). CRAMER, por su parte, analizando el artículo 331 del Código Penal alemán, precisa que: una ventaja es cualquier servicio gratuito (*Vorteil ist jede unentgeltliche Leistung*) de naturaleza material o inmaterial que coloca al agente en una mejor posición y a la que no tiene derecho legalmente fundado. CRAMER acepta que esta definición supuso la superación de la teoría formal objetiva por otra inmaterial subjetiva, pero reconoce que en la práctica la ventaja patrimonial juega un papel más preponderante, no siendo decisivo el monto del activo(46).

4. El beneficio

Lo que haya que entender por beneficio, existiendo ya los términos «ventaja» (más aún «cualquier ventaja») y «donativo», resulta un asunto que tiene que ver con los alcances de la interpretación subsidiaria de los medios de corrupción. Como se ha indicado, existen legislaciones penales que se bastan con el uso de la palabra ventaja (el caso del Código Penal alemán) o cualquier beneficio (Código Penal de Puerto Rico), con los que se cubre todo el espectro posible de medios corruptores. La noción «beneficio» incorporada por el legislador penal peruano puede que resulte innecesaria y que complique su interpretación a efectos de dotarle de contenido propio. En el caso de la legislación penal chilena (artículos 248, 248 bis, 249 y 250 de su Código Penal), que expresamente alude a dicho término (sin mención a los conceptos dádiva/ventaja/promesa) al que circunscribe

(45) KINDHÄUSER, Urs y HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, 8. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 1394.

(46) CRAMER, Peter, en SCHÖNKE, Adolf und SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25. Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 1997, p. 2260.

a la esfera económica (beneficio económico), beneficio se entiende como sinónimo de dinero o ventaja con valor pecuniario[47].

Por "beneficio" habría que comprender al provecho o la utilidad personal de naturaleza subjetiva obtenida por el agente, cuando ello no pueda ser subsumido en los alcances significativos de la ventaja. Cuestión que, como es fácil apreciar, da cabida a satisfacciones personales del sujeto público que van más allá de las patrimoniales, de naturaleza, por ejemplo, artística, estética, fruitiva, política, ideológica, religiosa, etc., con lo cual se podría abrir el tipo para comprender como medio corruptor toda clase de motivaciones complementarias, lo que podría provocar la pérdida de los límites de la necesidad de la intervención penal, utilizándose el Derecho Penal como un instrumento de *máxima ratio* persecutoria. La posibilitad de entender el término "beneficio" como sinónimo de provecho obtenido del donativo o la ventaja, esto es, el agotamiento material de dichos mecanismos corruptores, se revela como una posibilidad que permite el marco de interpretación del significado posible de dicha palabra, pero significaría una ampliación por valoración doble derivada de un acto ya estimado jurídico penalmente.

Cabe también la posibilidad de incorporar aquí los «favores sexuales», que vienen siendo subsumidos en la "ventaja", así como toda satisfacción personal solicitada por el *intraneus* u ofrecida por el *extraneus* que "recaigan en la vanidad o el afán protagónico del sujeto público vinculado", como anota la jurisprudencia del Reichtgericht alemán[48], siempre y cuando no sean absorbidas por la ventaja. Por las complicaciones que reporta a la interpretación de los tipos de cohecho hay que considerar relativamente superfluo y, por lo mismo, poco necesario el empleo del término «beneficio», en tanto medio corruptor considerado junto a los otros ya regulados por la ley penal.

5. Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores

La frase *«cohecho disfrazado»* es utilizada en el argot jurídico-penal para mencionar con ella a aparentes actos de cortesía y de convencionalismos sociales que esconden la naturaleza corrupta del donativo o ventaja otorgada en circunstancias supuestamente desvinculadas de relevancia típica; casos como los obsequios inopinados de cajas de licores, joyas, descuentos inusuales y significativos en la venta de mercancías, donaciones de enciclopedias costosas, obras de arte, aporte de materiales diversos de uso

(47) Al respecto véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública, el Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, cit., p. 316.

(48) Véase al respecto Olaizaola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*, cit., p. 318.

profesional (computadoras, impresoras, etc.), aprovechando las circunstancias de onomásticos de los funcionarios y servidores públicos, así como en Navidad, Año Nuevo, Fiestas Patrias, Día de la Madre, reconocimientos de honores, ascensos, etc., situación que puede hacerse extensiva a familiares y allegados directos o a terceros con beneficio para el sujeto público. En tales casos, lo evidente de la desproporción entre el acontecimiento y el obsequio o donativo será la pauta objetiva para develar el disfrazamiento, al igual que el compromiso observable en los actos de función o servicio que impliquen violación al principio de integridad, probidad e imparcialidad funcional por parte de los sujetos públicos. En suma, no porque alguien dé, envíe o entregue un donativo de valor al funcionario o a sus familiares, ello ya de por sí está generando delito de cohecho, si es que no existen concomitante o subsecuentemente los actos de transgresión imputables al sujeto activo de delito o de cumplimiento debido sospechosamente tendencioso. Los medios corruptores tienen que hallarse en disposición causal, es decir, vinculados a actos previos o posteriores de ilicitud penal de cohecho y sobre todo en tanto factores de motivación para el acto funcional o de servicio.

Las ***coimas***, llamadas por Francesco CARRARA «dádivas *ad accelerandum*»[49], son los donativos nimios o en pequeña cantidad y/o valor, dados a (o exigidos por) funcionarios o servidores públicos 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 utilizando el marco flexible de los *quantums* de pena conminada. Las coimas generan un clima de relajamiento y amoralidad en el desarrollo administrativo y público de las funciones y servicios.

Lo que trae consigo evidentes problemas de encuadramiento típico es si ingresan en la conceptualización del donativo o la ventaja las usuales prácticas de ***favores o de facilidades mutuas*** que se producen en las interrelaciones del funcionariado y servidores públicos o entre estos y los particulares. En este punto se tiene que insistir sobre la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal y sobre la necesidad –en la lógica de un exagerado celo maximalista– de no extremar los fines protectores de la norma punitiva, de modo tal que se vea cohecho en comportamientos que resultan socialmente adecuados por el sistema social-jurídico (o que pueden calificarse con base en figuras extrapenales). Los favores desprovistos de compromiso en el ejercicio funcional que no motivan ni involucran la formación de decisiones o la probidad del sujeto público son prácticas que probablemente pueden

(49) CARRARA: *Programa de Derecho criminal,* Vol. V, T. 7, cit., § 2550.

ser mal vistas o algunas de ellas indeseables, pero resultan ajustadas o tolerables en un sistema social interrelacionado y complejo. Los favores, en general, desvinculados de contenido económico y sin vinculación causal con actos previos, concomitantes o subsiguientes del funcionario o servidor, carecen de relevancia penal por cohecho, lo mismo cabe decir de los donativos y ventajas en cuanto concierne a la ausencia de dicha vinculación causal, resultando todos ellos actos de adecuación social o de neutralidad frente al Derecho Penal o que pueden merecer relevancia administrativa, que deberán evaluarse de forma concreta caso por caso.

El tema específico de los ***favores sexuales*** solicitados o practicados por el funcionario o servidor para permitirle al tercero acceder a determinados actos o contraprestaciones funcionales se presenta en nuestra legislación penal como un caso de ventajas obtenidas indebidamente, dada su equiparación en un contexto de consideración pecuniaria y, por lo mismo, constituye componente típico de cohecho. La situación se torna complicada para legislaciones penales como la española y la chilena, que no hacen empleo de las ventajas en general como medio corruptor normativizado. En efecto, el Código Penal español solo emplea los términos dádivas, ofrecimientos, presentes, favor, regalos, verificándose ahí un evidente caso que dificulta la subsunción del hecho en la norma típica(50). Por su parte, el Código chileno restringe el cohecho a los beneficios patrimoniales, con lo cual el favor sexual para obtener un acto de contraprestación de servicio o función ofrece serias dificultades para ser concebido en el marco de los delitos de cohecho en tanto mecanismo corruptor. En el supuesto de que los favores sexuales sean ofrecidos o propuestos por el particular, es de considerar, desde la perspectiva político-penal, como un exceso considerarlos en todos los casos como medio corruptor, dada la diversidad de situaciones y circunstancias que pueden explicar una conducta de tal naturaleza(51).

(50) Véase pp. 168-169. "Legislación extranjera". Un caso ilustrativo véase en la ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1997, Exp. N° 2673-95-Callao, que de conformidad con el dictamen de Fiscalía Suprema falló absolviendo al funcionario por no existir prueba objetiva que demostrare las prácticas sexuales con una detenida en la carceleta judicial, y no bastar el simple dicho de la agraviada.

(51) Morales Prats en Quintero Olivares y otros: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1198. Más adelante sostiene: "En nuestra opinión, la posibilidad de incluir tales favores en el ámbito del delito de cohecho va a depender de la finalidad que con su prestación se persiga y del sujeto del que parta la iniciativa. Así, si es el funcionario el que requiere los favores sexuales de un particular que se encuentra bajo su guarda o tiene asuntos pendientes de resolución que puedan afectarle, vendrían en aplicación los citados preceptos. No así, si la iniciativa la tomó el particular, ofreciendo relaciones sexuales con la intención de obtener una resolución del funcionario que le beneficie" (*ibidem*, p. 1199).

IX. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el contexto doctrinario italiano, español, latinoamericano y alemán son variadas las tesis que resumen el objeto de la tutela penal, la *ratio legis* para la intervención penal[52]:

a) La tutela de los deberes normativizados que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la Administración Pública a la que están obligados funcionarios y servidores. Esta lectura se expresa generalmente con las frases: "protección del normal desarrollo de la Administración Pública que se lesiona con el quebrantamiento/infracción/cumplimiento de los deberes funcionales del sujeto público", "tutela de las funciones y servicios públicos", "asegurar/garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública", entre otras.

b) Protección del principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Imparcialidad que comprende tanto la funcionalidad de las entidades públicas como a la que concierne a la toma de decisiones de los funcionarios y servidores públicos, lo que significa garantizar un marco ideal caracterizado por la ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas[53].

c) Protección de los actos oficiales de su compraventa o comercio. La venalidad del funcionario y la inescrupulosidad del *extraneus* forman parte de esta perspectiva de lectura del bien jurídico.

d) Protección de los principios de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las Administraciones Públicas.

e) Garantizar la confianza que merecen las Administraciones Públicas para la ciudadanía y la sociedad.

(52) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 142; DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 76 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 1169; MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1190; VALEIJE ÁLVAREZ: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 274 y ss.; CREUS: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 280; SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 157; BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 99; PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 197.

(53) Una detallada exposición del principio de imparcialidad véase en RODRÍGUEZ PUERTA, Ma José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 78 y ss.

f) Asegurar integridad y honestidad de parte de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus atribuciones funcionales, castigando la venalidad.

Es indudable que todas estas lecturas mantienen elementos de pertinencia y corrección al momento de precisar la especificidad del interés tutelado por la norma penal. Técnico-jurídicamente resulta dominante la tesis que se orienta por la protección de la imparcialidad del sujeto público en tanto el interés o valor esencial a tutelar normativamente, imparcialidad que es, en términos generales, condición esencial de la actividad del funcionario y servidor público, y que supone neutralidad y objetividad en el tratamiento de los asuntos sometidos a su conocimiento o en los que intervengan en despliegue de sus roles especiales. El deber de imparcialidad cubre tanto al cohecho pasivo como al activo, pues en ambos supuestos delictivos, con su gama de variantes, está en juego el ejercicio de actos funcionales libre de presiones o elementos anómalos que interfieran su normal desenvolvimiento. Discutible es que el principio de imparcialidad dé cuenta del delito de tráfico de influencias, al igual que en el caso del enriquecimiento ilícito tipificado en el artículo 401 del Código, lo que exige que en cada caso se tenga que precisar el objeto jurídico de tutela. Con relación al delito de interés ilegal en negociaciones públicas, es argumentable que se busque igualmente, aunque en lejanía, proteger la imparcialidad en los actos de gestión administrativa.

Imparcialidad que ha sido vista por TAGLARINI como el deber de la Administración Pública de obrar en una posición de sustancial desapego respecto de los intereses privados, de clase o grupos, y distribuir con equidad beneficios y perjuicios que se derivan de la acción administrativa(54). Y que en una formulación global tiene capacidad de rendimiento para abarcar tanto la corrupción pública como la privada, en esta última hipótesis en el caso de que se configuren normativamente los supuestos legales de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Con ello no se quiere afirmar que resulten necesariamente excluidos los otros enfoques, máxime si en determinadas situaciones el principio de imparcialidad exigible puede tornarse insuficiente o contradictorio con la naturaleza de determinados delitos o los actos de los funcionarios y empleados públicos, tal es el caso, por ejemplo, del cohecho pasivo impropio. Por lo mismo, también de modo derivado se está protegiendo la probidad funcional en el ejercicio de los cargos y empleos públicos, garantizando

(54) Citado por VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, Editorial Comares, 2003, p. 216.

jurídico-penalmente que estos, en cuanto al ámbito de las atribuciones ejercidas, no sean objeto de prestaciones y contraprestaciones ilícitas. En la jurisprudencia y doctrina alemana prima la protección de la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas como bien jurídico objeto de tutela, que se quiebra o quebranta cuando el funcionario o servidor somete a precio sus prestaciones o actos funcionales. Igualmente ha ganado terreno el principio y valor igualdad que todo acto de corrupción debilita y ataca, en tanto los actos de corrupción afectan el trato igualitario que merece todo ciudadano y persona por parte de las Administraciones o entidades públicas.

Como podrá apreciarse, la complejidad del fenómeno de la corrupción se manifiesta igualmente al momento de definir un bien jurídico concreto que se proteja con los delitos de corrupción en sentido estricto, razón por la cual se sostiene que existe una pluriofensividad al respecto. De lado de la tesis de la imparcialidad, haberlo precisado en tanto objeto jurídico específico de tutela ha significado todo un despliegue de argumentaciones de mayor y mejor validez explicativo-comprensiva, y decantamiento de posiciones etizantes, moralistas, en otros casos autoritarias, que han demostrado no poseer la suficiente idoneidad para dar cuenta del bien jurídico específico(55).

X. LA PLURISUBJETIVIDAD DE LOS DELITOS DE COHECHO

En doctrina penal, un delito es plurisubjetivo cuando existe concurrencia necesaria de sujetos activos para la perfección del hecho típico, respondiendo dichos sujetos a título de autores bajo la descripción y sanciones de la misma figura penal, generando una relación de bilateralidad, lo que exige como mínimo que sean dos los sujetos que concurren al delito con aportes decisivos que van a configurar el ilícito penal. En el caso del cohecho pasivo, la teoría tradicional sustentada por Francesco CARRARA, CARMIGNANI, FEUERBACH, PESSINA y otros, sostuvo la tesis de la bilateralidad, entendiendo el cohecho como un pacto o acuerdo ilícito *–pactum sceleris–* de mutuas prestaciones. Consecuencia de esta concepción es el tratamiento penal de los concurrentes (quien solicita y/o recibe y quien da) bajo los alcances del mismo tipo penal, respondiendo por cohecho pasivo, propio o impropio, el que da y el que solicita o recibe. Se produce así un tratamiento unitario de los aportes de cada concurrente, el que, sin embargo, tiene el inconveniente del tratamiento unitario para un delito de infracción de deber.

(55) Para un estudio acerca de la evolución conceptual y jurisprudencial del bien jurídico en el delito de cohecho ver VIZUETA FERNÁNDEZ: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, cit., p. 201 y ss.

En la actualidad, la teoría de la bilateralidad, en cuanto criterio dominante, se halla superada[56], pues si bien se admite que el cohecho es en varios de sus supuestos un delito de concurrencia necesaria –pues no existe el delito de autocorrupción– donde resulta correcto hablar de prestaciones recíprocas e incluso de pactos o acuerdos; en cambio, los Códigos modernos (entre ellos el peruano) establecen en tipos penales separados las responsabilidades y penalidades de los concurrentes al cohecho[57]; es más, el cohecho que tiene como verbo rector la expresión *solicitar* se perfecciona típicamente sin necesidad de concurrencia efectiva. Técnicamente, la orientación actual posibilita un mejor tratamiento jurídico-penal de los aportes al delito de los sujetos, así como una mayor racionalidad en la aplicación de los objetivos político-criminales de la política penal.

Concluyendo:

- Los delitos de cohecho son varios de ellos plurisubjetivos, algunos de ellos de encuentro, pero no todos son plurisubjetivos o de bilateralidad perfecta.
- No todo cohecho supone pacto o concierto previo.
- La sistemática de regulación del cohecho pasivo y activo que ofrece el Código Penal peruano, en las modalidades "acepta-recibe" (artículo 393 del Código Penal), tiene una construcción de convergencia y encuentro con la modalidad de corrupción activa "ofreceda" (artículo 397 del Código Penal).
- El cohecho pasivo propio e impropio tiene la titularidad del sujeto activo en los funcionarios y servidores públicos; en cambio, el delito de corrupción activa, en el sujeto indeterminado.

XI. LOS MODELOS ESPAÑOL E ITALIANO DE COHECHO

El Código Penal español vigente contempla interesantes figuras de cohecho, así como determinados componentes que no han sido considerados expresamente por nuestra legislación penal. Así, el provecho propio o de terceros (que, sí se llega a registrar en el cohecho pasivo propio policial,

(56) Rodríguez Devesa y Serrano Gómez afirman rotundamente que se halla desechada por los Códigos modernos (*Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 1170).

(57) Valeije Álvarez resume esta tendencia contemporánea afirmando que para la doctrina española el cohecho no requiere dualidad de sujetos activos, ni concurrencia de voluntad de los mismos, ni simultaneidad de acciones diversas a una acción común (*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: El delito de cohecho*, cit., p. 41).

artículo 395-A del Código Penal peruano), la persona interpuesta, la pena de multa de 12 a 24 meses. Prevé igualmente la exención de pena al particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud del sujeto público si denuncia el hecho a la autoridad (artículo 426 del Código Penal español). También regula expresamente la aplicación del delito de cohecho a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores designados judicialmente, administradores concursales o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública (artículo 423).

Las figuras penales novedosas que trae consigo el Código español de 1995 son la tipificación del cohecho subsecuente en un artículo propio (artículo 421); el delito de corrupción cometido por persona jurídica (artículo 427 bis), castigado con multa y además, a criterio del juez, con disolución, suspensión de actividades, clausura de locales y otras penas; el soborno (por afinidad) en causa criminal por parte del cónyuge u otras personas ligadas de manera estable con el reo por razón de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adopción o por afinidad, figura penal castigada con pena bastante disminuida de 6 meses a 1 año (artículo 425); y, con una buena técnica de redacción, el delito de soborno transnacional (artículo 445 bis, tipo penal que, sin embargo, figura como derogado tácitamente en las actuales versiones del Código Penal español, en atención a la LO 15/2003). Igualmente, el artículo 422 regula un cohecho mediante admisión de donativo en atención al cargo o función.

A su vez, el Código Penal italiano contiene 10 figuras de corrupción[58]: **1)** corrupción pasiva impropia antecedente; **2)** corrupción pasiva impropia subsecuente; **3)** corrupción pasiva propia antecedente; **4)** corrupción pasiva propia subsecuente; **5)** corrupción activa propia antecedente; **6)** corrupción activa subsecuente; **7)** instigación a la corrupción pasiva impropia antecedente; **8)** instigación a la corrupción pasiva propia antecedente; **9)** instigación a la corrupción activa impropia antecedente; **10)** instigación a la corrupción activa propia.

Las reformas producidas a partir de 1990 en el Código Penal italiano han derogado la figura de la corrupción por aprovechamiento del error ajeno. Los tipos de corrupción han merecido varias reformas posteriores en 2012 (*legge: settembre* 2000, *maggio* 2010, *luglio* 2010, *novembre* 2012, *maggio* 2015).

(58) Se sigue aquí a PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale.* cit., pp. 149-150.

XII. LA SISTEMÁTICA PERUANA DE LOS DELITOS DE COHECHO[59]

La sección IV del Código Penal peruano vigente, en 17 artículos que contienen tipos básicos, agravados, complementarios y añadiduras especiales, ofrece las siguientes figuras penales después de la reforma practicada principalmente por las Leyes N°s 28355 y 29703, y el Decreto Legislativo N° 1351:

1. Tipos penales de corrupción pasiva

Artículo 393: cohecho pasivo propio en sus modalidades comisiva y omisiva en tres variantes definidas por los verbos rectores acepta-recibe, solicita y condiciona.

Artículo 394: cohecho pasivo impropio (comisiva), en dos variantes: acepta-recibe y solicita.

Artículo 395: cohecho pasivo específico (de juez, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo, o análogo), en dos variantes: acepta-recibe y solicita.

Artículo 395-A: cohecho pasivo propio en el ámbito de la función policial.

Artículo 395-B: cohecho pasivo impropio en el ámbito de la función policial.

Artículo 396: cohecho pasivo específico de secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o análogo.

2. Tipos penales de corrupción activa

Artículo 397: cohecho activo genérico en sus modalidades comisiva y omisiva, propia e impropia (atenuada).

Artículo 398: cohecho activo específico sobre juez, fiscal, perito, árbitro miembro de tribunal administrativo o análogo. Cohecho cometido por abogado de manera individual o cuando forma parte de estudio de abogados.

Artículo 398-A: corrupción activa propia e impropia en el ámbito de la función policial.

Artículo 398-B: inhabilitación

(59) Se debe señalar, para evitar confusiones ulteriores, como ya se ha dicho, que los términos corrupción y cohecho tienen la misma significación.

3. Tipos especiales de corrupción

Artículo 399: negociación incompatible.

Artículo 400: tráfico de influencias en sus variantes simple y agravada.

Artículo 401: enriquecimiento ilícito en sus variantes simple y agravada.

Artículo 401-A: enriquecimiento ilícito (norma complementaria).

Artículo 401-B: enriquecimiento ilícito (disposiciones complementarias sobre el destino de los bienes decomisados e incautados).

4. Tipos de corrupción transnacional

Artículo 393-A: cohecho pasivo transnacional.

Artículo 397-A: corrupción activa transnacional.

Cabe señalar que la redacción original del Código de 1991 tan solo ofreció nueve artículos, a los que se anexaron en 1992 y 1996 otras modalidades delictivas y añadiduras complementarias. El sentido de las reformas sustanciales incorporadas, en especial la de 2004, ha apuntado principalmente a ampliar relativamente las criminalizaciones, estableciendo agravantes, así como a aumentar los *quantums* de pena. Las reformas posteriores producidas por la Ley N° 30111 (26/11/2013) y el Decreto Legislativo N° 1243 (22/10/2016) introdujeron las penas de multa e inhabilitación en los tipos penales especiales. El Decreto Legislativo N° 1351 (07/01/2017) incorporaría en el Código Penal los delitos de cohecho pasivo policial y corrupción activa en el ámbito policial.

Los delitos de soborno transnacional y cohecho pasivo transnacional se incorporaron en los años 2009 (Ley N° 29316, del 14/01/2009) y 2011 (Ley N° 29703, del 10/06/2011), respectivamente.

Han sido suprimidos del Código Penal los artículos 398-A: corrupción activa específica imputada a abogado; y 398-B: descripciones complementarias a la pena de inhabilitación recaída sobre el abogado.

Ha sido reubicado en el marco de los delitos de abuso de autoridad el contenido del artículo 394-A: corrupción pasiva con finalidad política y/o electoral.

XIII. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EMPLEADA

Producto de sucesivas modificaciones, la redacción y sistemática legislativa de la sección «Corrupción de funcionarios» ofrece en conjunto una técnica de construcción legislativa caracterizada por cierto desorden y sobredimensionamiento punitivo.

La Sección IV del Código tiene 8 tipos básicos y/o autónomos (artículos 393, 394, 395, 397, 398, 399, 400 y 401), 4 tipos derivados (artículos 396, 395-A, 395-B y 398-A), 2 tipos penales de corrupción internacional (artículos 393-A y 397-A), como también algunas disposiciones complementarias y añadiduras (artículos 398-B, 401-A y 401-B).

1. Los verbos rectores utilizados son los siguientes:

- Acepta, recibe, solicita (artículos 393, 394, 395, 395-A).
- Condiciona (artículo 393).
- Ofrece, da, promete (artículos 397, 398 y 398-A).
- Corrompe (artículo 398, tercer párrafo).
- Ofrece, da o corrompe (artículo 398, segundo párrafo).
- Se interesa (artículo 399).
- Recibe, hace dar o prometer (artículo 400).
- Incrementa ilícitamente sus ingresos (artículo 401).
- Se han suprimido los verbos «hace» del artículo 398, «trata» del artículo 399 (ahora 397) y «se enriquece» del artículo 401, que consignaban los diseños originales del Código Penal.

2. Las fórmulas corruptoras son las siguientes:

- Donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio (artículos 393, 394, 395, 395-A, 397, segundo párrafo del artículo 398 y 400).
- Donativo, ventaja o beneficio (artículo 398).
- Donativos, dádivas o presentes (artículo 401-A).

Si bien se ha suprimido *ventajas de cualquier clase*, así como el uso indistinto del singular y el plural, sigue siendo sintomático el rango de uso múltiple de mecanismos corruptores (*donativo, dádiva, cualquier otra ventaja, ventaja, beneficio, presente*). El legislador, al emplear las palabras «cualquier ventaja», en dos ocasiones ha prescindido del pronombre indefinido cualquier (artículos 397, segundo párrafo y 398). Con el uso del término beneficio, en una sola ocasión ha indicado que sea indebido (artículo 394), no mencionándose dicho término en la tercera modalidad de cohecho pasivo propio (artículo 393).

3. Naturaleza y complejidad de los tipos penales

Las figuras penales de los artículos 393, 393-A, 395-A, 397 y 398-A son las que expresamente contienen comportamientos activos y omisivos. El resto han sido redactados mediante fórmulas activas.

Son figuras penales complejas las que corresponden a los artículos 393, 394, 397, 398, 399 y 400. Aquí destacan por su especial complejidad los artículos 393 y 397. Solo existe un tipo penal simple: el artículo 401.

4. Tipos de resultado y de actividad-peligro[60]

Se ha combinado, lo cual es incorrecto técnicamente, modalidades de resultado y de simple actividad al interior de un mismo tipo penal; por ejemplo, el artículo 393: funcionario que solicita y funcionario que recibe. Característica observada en los tipos penales de corrupción pasiva propia e impropia.

El tipo penal de corrupción activa genérica (artículo 397) ha sido diseñado como tipo de resultado (*«el que da»*) y como tipo de simple actividad («el que ofrece o promete»). En el tipo de corrupción activa específica (artículo 398) se aprecia igualmente la existencia de esta doble técnica de redacción legislativa.

Los tipos penales especiales de corrupción (interés indebido en contrataciones públicas y tráfico de influencias) son tipos de simple actividad. El tipo penal de enriquecimiento ilícito es de resultado.

Los tipos de simple actividad son igualmente de peligro para la Administración Pública.

5. Elementos subjetivos

Todas las figuras penales de corrupción de funcionarios son dolosas. La ley penal no ha previsto la punición de comportamientos culposos. Y ello se explica por las dificultades evidentes que ofrece la presencia de culpa en actos de corrupción de sujetos especiales que reúnen caracteres de posición de garante[61].

El tipo delictivo del artículo 395, además de poseer contenido finalístico, se halla reforzado por dos especiales componentes subjetivos del

(60) Véase *supra*, Tomo I, p. 110 y ss. ("Naturaleza de los tipos penales").

(61) Véase *supra*, Tomo I, p. 193 y ss., la conceptualización referida a la posición de garante.

tipo que se agregan al dolo del agente y que aumentan ostensiblemente el injusto penal: *«a sabiendas»* y *«con el objeto de influir»*.

6. Funcionarios y particulares

La Sección IV del Código Penal está básicamente elaborada para sancionar penalmente los comportamientos delictivos de los funcionarios y servidores públicos. Pero igualmente se sanciona a los particulares que actúan corrompiendo a dichos sujetos especiales, dentro de los cuales se ha enfatizado el papel corruptor del abogado.

El Código Penal nacional también ha incluido como sujetos susceptibles de la acción corruptora, en el contexto del delito de cohecho activo específico (artículo 398), al testigo, perito, traductor e intérprete, lo que plantea la interrogante de si aquí también el legislador está equiparando la calidad de funcionario o servidor público a dichos sujetos particulares, lo que obviamente no registrará problemas en el caso de los peritos, traductores e intérpretes oficiales. Por lo demás, estos sujetos pueden ser pasibles de sanción penal en función de tipicidades que se encuentran en otros rubros de protección penal[62]. Se entiende que si bien se trata de sujetos particulares (pues los peritos, traductores e intérpretes oficiales son servidores públicos o funcionarios, según el caso), los mismos se hallan colaborando con la justicia, es decir, participando accesoriamente en la formación de la función pública, razón por la cual resultan subsumibles en el concepto penal extensivo de sujetos públicos (funcionarios o servidores).

Asimismo, con las figuras penales de cohecho pasivo y soborno transnacionales ha ingresado al Código Penal el funcionario o servidor púbico de otro Estado y el funcionario de organismo internacional, incorporados en la normativa de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

7. Sistema de penas

Los montos de las penas han sido aumentados en comparación a los dos Códigos penales anteriores, los mismos que oscilan de cuatro a quince años; por lo general, los extremos mínimos de pena se han incrementado. El sistema de penas empleado es el de *pena conjunta*, que incluye pena privativa de libertad más pena de multa e inhabilitación de conformidad con el artículo 426 del Código y que, según el caso, comprende: **1)** privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga

(62) Por ejemplo, con base en el artículo 409, si dichos sujetos incurren en falsedad.

de elección popular; **2)** incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; **3)** privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones. La pena privativa de libertad es principal, la pena de inhabilitación es accesoria.

Se ha eliminado del Código Penal los efectos canceladores de la inhabilitación total (muerte civil) a los sujetos especiales incursos en la figura del artículo 395 (juez, árbitro, fiscal, etc.), efectos que se extendían, con mayor rigor incluso, al abogado incurso en la figura del segundo párrafo del artículo 398-A, hoy derogado.

XIV. FIGURAS PENALES (O DELITOS DE COHECHO) NO CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

1. El cohecho activo de funcionario público.
2. El cohecho activo subsecuente.
3. La inducción al cohecho.
4. La corrupción o cohecho de doble calificación por el agente (funcionario o servidor que corrompe a funcionario o servidor, y funcionario o servidor que corrompe a particulares).
5. Cohecho agravado de magistrado cuando se condena injustamente.
6. Cohecho mediante o para la comisión de otro delito.
7. Formas culposas de corrupción.
8. Cohecho por recepción de donativo al margen de vinculación por el acto (cohecho aparente).
9. Cohecho extorsionante (actualmente contemplado en el artículo 393 en la variante de cohecho pasivo propio que lleva la palabra «condiciona» como verbo rector).
10. Políticas de exención de pena para el que denuncia al funcionario que ha incurrido en cohecho (arrepentimiento activo).
11. Fórmulas atenuadas de cohecho por afinidad o parentesco.
12. Cohecho en el ámbito parlamentario.

XV. LA REFORMA DEL 2004 A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN: ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS DE LA LEY Nº 28355 Y REFORMAS ULTERIORES

En el mes de octubre de 2004, la Ley Nº 28355, promulgada por el Poder Ejecutivo, modificó en modo significativo las diversas figuras penales de cohecho y aumentó drásticamente la pena privativa de libertad para el delito de asociación ilícita agravada, además de efectuar reformas parciales a la ley penal especial de lavado de activos, Ley Nº 27765, incorporando una circunstancia de agravación severamente castigada (pena privativa de libertad no menor de 25 años cuando los actos de conversión o transferencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas o terrorismo) y cancelando los beneficios penitenciarios de redención de penas por trabajo y educación, semilibertad y libertad condicional.

En el Perú, uno de los flancos de gran vulnerabilidad registrado por la política penal estatal estuvo representado casi siempre por el de los delitos de infracción del deber cometidos por funcionarios contra la Administración Pública, tanto por la extraña minimalidad –en la inmensa mayoría de tipos penales– de las criminalizaciones y los marcos serenos y a veces nimios de pena privativa de libertad y de inhabilitación establecidos para este ámbito de criminalidad, que contrastaba con los señalados para los delitos comunes, como por la estabilidad impermeable a las reformas que mostraron dichas figuras a lo largo de la historia del Derecho Penal peruano codificado, que abarca ya cerca de 160 años, si es que lo retrotraemos a la existencia del Código Penal de 1863. La dirección del *ius puniendi* nacional mostró siempre una sensible predilección, en sus diseños criminalizadores y punitivos, por la delincuencia común, en abierto contraste con el desinterés para mejorar cualitativa y cuantitativamente la redacción de los tipos penales funcionariales en la orientación de optimizar el ámbito de tutela penal del bien jurídico protegido, redacción que ha brindado no pocas lagunas de criminalización y trato minimizador en términos punitivos, salvo contadas excepciones. Vulnerabilidad que ha originado una notoria deslegitimización social de un Derecho Penal que trata de modo distinto a la delincuencia: con mano dura a los autores y cómplices inmersos en los delitos de dominio o por organización (delitos comunes), con lenidad y cierta benignidad en términos de penalidad a la ilicitud funcional (delitos de infracción de deber) asociada con la delincuencia del poder. Realidad que, sin embargo, ha variado en los últimos lustros al haberse incrementado las penas y creado nuevas criminalizaciones.

Y cuando se hace alusión a la delincuencia del poder es para referirnos en especial a aquel amplio sector de criminalidad que tiene que ver con las cuotas de poder mal administradas en manos de funcionarios públicos (que defraudan expectativas jurídico-sociales, en el lenguaje ya ahora tradicional del moderno Derecho Penal) o con aquellas delictivamente orientadas a delinquir desde las posiciones que brindan tales situaciones de privilegio (personas que han llegado o tomado posiciones de poder para decididamente delinquir, sin que sea necesariamente valedero en este contexto hacer alusión a defraudaciones de expectativas, con base en una perspectiva global). Poder que tiene tanto un político o un alto funcionario de confianza asentado en estratos del Gobierno central como un juez que administra justicia. Los primeros manejan dinero, presupuesto y disponen asignaciones, mientras que el último decide cursos de vida y está autorizado legalmente a lesionar bienes jurídicos fundamentales de las personas. Tanto poder tiene un congresista que en lo formal legisla o fiscaliza como un alcalde o gobernante regional que decide el destino de fondos públicos y decide contrataciones. La delincuencia de poder hace referencia así a aquel amplio rango de delitos que pueden ser cometidos por todos aquellos funcionarios públicos que ocupan posiciones privilegiadas en la estructura multifuncional del Estado y de las Administraciones Públicas. Esta delincuencia, a diferencia de otras manifestaciones de la criminalidad del poder, es la que ha sido tocada con las reformas traídas con la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, y con legislación ulterior.

Las modificaciones introducidas al Código Penal y a la Ley de Lavado de Activos, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 28355, tomaron como base la iniciativa denominada «Proyecto de ley anticorrupción y contra el crimen organizado», promovida y presentada ante el Congreso, a fines del año 2002, por la Fiscal de la Nación Dra. Nelly Calderón[63], junto al cual también se analizaron y debatieron, en total diez, proyectos de ley elaborados por diversos congresistas sobre delitos de corrupción (algunos específicos sobre tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito)[64].

(63) Entraron a discusión los proyectos para reformar el Código Penal de los congresistas Roger Santa María (artículos 382, 383, 384, 387, 388, 389, 393 y 394), Eduardo Salhuana (artículo 400), Tito Chocano (artículos 401 y 401-A), José Risco (artículo 396), Ántero Flores (artículo 400), Ernesto Aranda (artículo 399), Luis Gonzales (artículo 400), Susana Higuchi (artículos 396 y 398), Máximo Mena (artículo 399) y Enma Vargas Benavides (artículo 400).

(64) La Comisión Especial designada mediante resolución de la Fiscalía de la Nación y que se encargó de la propuesta y redacción del Proyecto estuvo conformada por: Héctor Lama Martínez, Pablo Sánchez Velarde, Tomás Gálvez Villegas, Aldo Cairo Pastor (fiscales); Carlos Velásquez Salazar (PNP), Dennis Chávez Paz, José Luis Castillo Alva, Alexei Sáenz Torres, Luis Renteros Pineda y Fidel Rojas Vargas.

La iniciativa del Ministerio Público, de carácter programático, a diferencia de los parciales proyectos de los parlamentarios, comprendía modificaciones en el Código Penal a los artículos 393 al 401, disposiciones concernientes a consecuencias jurídico-económicas (artículos 102 al 104), la reforma de los siete artículos de la Ley N° 27765, así como de los artículos 72, 95 y 98 del Código de Procedimientos Penales, además de recomendaciones sobre reajustes normativos a los demás artículos referidos a los delitos cometidos por funcionarios públicos.

La entidad persecutora del delito hizo llegar un programa global de reforma de los delitos de corrupción de funcionarios partiendo de la perspectiva de análisis del crimen organizado y adecuándolo a las exigencias de la política criminal contemporánea en la lucha contra la corrupción; programa que abarcaba niveles de mayor criminalización, penalización, eliminación de las inhabilitaciones absolutas a los abogados, consecuencias accesorias, normativa procesal, técnica y redacción legislativa, y que estuvo orientado a «mejorar el tratamiento político penal de la lucha contra la criminalidad organizada. Criminalidad organizada que, convertida en un fenómeno social anómalo inherente al proceso de globalización y modernización de la sociedad, y manifestándose a través de delitos de alta lesividad social, busca obtener metas económicas, políticas o de cualquier índole, para lo cual se infiltra en las entidades públicas y privadas, tratando de controlar segmentos de poder a los que desnaturaliza, poniéndolos a su servicio, generando así un entorno social propio que consolida sus estructuras y las reproduce. La corrupción, como fenómeno social, se fortalece de este modo en el proceso de globalización y modernización de la sociedad, y cuyo reciclaje contracultural constante se ve estimulado por las fisuras que muestran las estrategias y normas con las que se las trata de combatir»[65].

Resulta destacable, para hacer un seguimiento histórico a la *ratio legis* de la Ley N° 28355, en primer lugar, enfatizar las orientaciones que primaron por entonces (año 2002) en los redactores de la propuesta del Ministerio Público, acerca de la corrupción –en tanto expresión de criminalidad organizada– como un fenómeno externo que «se infiltra» en las organizaciones para hacer uso de los segmentos de poder así adquiridos. Esta perspectiva de externalidad de la corrupción, que parte de la idea de que la Administración Pública es una institución de funciones y personas, en promedio o por origen, correctas (tanto por la selección de las

(65) Ministerio Público. Proyecto de Ley Anticorrupción y contra el Crimen Organizado: Exposición de Motivos.

mismas como por los valores positivos dominantes a su interior) no siempre es una tesis acertada para entornos no fortalecidos en las nociones de función pública y servicio a la colectividad, en los que se acentúan más, primando, las deprivaciones éticas personal-funcionales, las carencias de formación y la instintiva y sórdida percepción –en amplios sectores del colectivo social– del cargo público como opción apetecida para satisfacer o solucionar expectativas personales y medrar a futuro a partir de él. De ahí entonces que la base de funcionarios y servidores que se incorporan al servicio público tenga en su raíz un vicio de partida incorregible una vez ya en el ejercicio funcional. El favor generalizado de la recomendación no racionalizada y de la colocación a cualquier costo, como mecanismo aceptado y tolerado de acceso a la Administración Pública, nos pronostica ya marcos potenciales de corrupción. Vicio de partida que no solo tiene en los aspirantes a funcionarios (o en los funcionarios que aspiran ascender) su cuota de causalidad, sino que se complejiza cuando se observa –y ello puede ser objetivable– que los centros de nombramiento-designación de funcionarios y servidores son los que en una gran cantidad de casos, con su falta de transparencia, diseño y administración inadecuada o tendenciosa de las reglas de acceso, generan usualmente el marco propicio en el cual se desarrolla pródigamente la recomendación no razonable y la colocación a cualquier costo, obviando la mejor idoneidad y la integridad ética. Los ejemplos del procedimiento, reglas y modo de elección (en última instancia, discrecional) de jueces y fiscales titulares y provisionales en el Perú –a título de ejemplo de lo que sucede con el funcionariado en general– confirman dicha lamentable y peligrosa deficiencia, a la que se agrega un tercer factor de naturaleza política recaído en el reparto de cuotas de poder a solicitud de congresistas, ministros, y altos funcionarios, que se activará en el momento y lugar adecuados conforme o cercanos a los intereses de estos últimos. La externalidad deviene así en argumento débil para explicar la corrupción, la misma que tiene una compleja trama de factores internos y externos que actúan e interactúan teniendo como eje la existencia de personas vulnerables y sujetos tolerantes con dichas vulnerabilidades, que en casos determinados toman dicha vulnerabilidad como requisito *ad hoc* para los nombramientos.

Un segundo criterio rector dominante en el enfoque dado por los miembros de la comisión redactora del Proyecto, y que refleja igualmente la percepción de numerosos sectores dialogantes y discursivos en el tema de la corrupción, reside en la creencia de que la deficiencia –debilidad, lenidad, redacción inadecuada– que exhiben las normas jurídicas propicia la reproducción, en términos de fortalecimiento, de la corrupción (el «reciclaje»). De modo que normas legales más adecuadas a la materia de

regulación, que comprendan mejor los supuestos de hecho, que no dejen «fisuras» y prevengan o repriman con mayor rigor (con «la máxima severidad», como acostumbran a decir nuestros políticos criollos) los comportamientos descritos en tanto penalmente relevantes traerían consigo una perspectiva de mayor eficacia penal, a lo que habría que complementar una modernización y mayor acierto de la normativa procesal. Tales creencias tienen, obviamente, su buena dosis de argumentación plausible que abona la tesis de la mejora legislativa de las leyes y Códigos, y de la mayor utilidad de los mismos, en un acercamiento progresivo a los mínimos de una justicia oficial deseable, es decir, que mientras mejor sea la técnica legislativa empleada y mayor el rigor de la descripción de los supuestos prohibidos de conformidad a los principios tutelares del Derecho Penal, la aplicación judicial se verá más segura y predecible, y, por tanto, se limitará la ya muchas veces referida y siempre presente arbitrariedad fiscal-judicial, lo que redundará en la obtención de los fines implícitos en el ámbito de tutela penal. Teóricamente, ello es correcto, esto es, en los círculos de la argumentación racional las razones son impecables, lo que, sin embargo, no concuerda necesaria y obligatoriamente con la práctica forense fiscal y judicial, menos aún con la penitenciaria, que es la depositaria de todas las creencias y deficiencias de la cosa penal, son los resultados que se llegan a obtener con buenas leyes en manos de fiscales y jueces inidóneos (por formación o actitud) o corruptos. Lo que se quiere dar a entender con estas disquisiciones es que la norma correcta, o por lo menos su búsqueda si es que ella tiene encuentro final, no asegura o colma las expectativas que se puedan derivar a partir de dicho logro o intento. Fisuras se presentarán de todas maneras. Así como es una utopía considerar que se puede acceder, mediante una decidida y eficaz lucha, a una situación de corrupción cero, asimismo, tan igual se presenta la posibilidad de cerrar la salida –técnico-legislativamente hablando– a la siempre dinámica, polifacética y huidiza –en términos procesales de prueba– corrupción.

Otro criterio central presente en las consideraciones jurídico-dogmáticas de los miembros de la Comisión del MP se capitalizó en la idea de que los tipos penales de cohecho, recogidos en el marco de los artículos 393 al 401 del Código Penal, habían sido concebidos y diseñados legislativamente con el Código de 1924, de lo que se dedujo la conclusión de que los mismos no estuvieron preparados para dar cuenta de la criminalidad funcional asociada al crimen organizado. Situación que se observaría con patente impotencia al descalabro del régimen del presidente Alberto Fujimori, que hizo saltar una gran e importante cantidad de casos de corrupción organizada, esto es, hasta entonces no vistos en el país, o por lo menos no tan evidentes, caracterizada, entre varias notas saltantes, por el hecho de

que desde el poder político fue organizado un entramado de funcionarios que usaron de las instituciones y de las atribuciones que dan los cargos para negociar contrataciones, repartirse los centros del poder y los puestos públicos, vender y comprar la justicia oficial, controlar y envilecer las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, corromper a otros niveles de funcionarios, coaccionar crematísticamente el ejercicio de las funciones públicas, etc. Fenómenos delincuenciales para cuya prevención-sanción fueron declaradamente deficientes las prosaicas fórmulas legislativas del cohecho pasivo-activo, peculado, tráfico de influencias, conservando sí, en cambio y para entonces, la figura de enriquecimiento ilícito (modalidad delictiva creada en el año de 1988) su capacidad comprensiva, hartamente discutida, dada la genérica y abierta redacción que aún sigue manteniendo, no obstante, las acotaciones de pretendida precisión efectuadas ulteriormente.

Sometido al debate de las comisiones y subcomisiones del Congreso, la propuesta del Ministerio Público, junto a la cual confluirían parciales iniciativas de congresistas, la Ley N° 28355 terminaría por asumir parcialmente las propuestas de sobrecriminalización del enriquecimiento ilícito y del tráfico de influencias, que habían previsto para el caso del primer delito cuatro circunstancias agravantes sancionadas con penas que iban de los 10 hasta los 20 años de privación de la libertad (que el funcionario ocupe cargos de confianza o cargos en la alta dirección de las distintas reparticiones públicas, que el funcionario se halle sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, que el monto del enriquecimiento supere las cincuenta unidades impositivas tributarias y cuando el agente se vale de persona interpuesta), y para el caso del segundo delito una submodalidad agravada de tráfico de influencias cuando el funcionario o servidor público se aprovecha de su cargo o empleo para ofrecer interceder (que en la ley fue considerada una circunstancia agravante), y una segunda variedad atenuada que tomaba como agente del delito al sujeto indeterminado que ofrece o entrega donativo a un funcionario o servidor público para que haga valer sus influencias, propuesta esta última que fue desechada. No fueron aceptadas la mayoría de modificaciones a la Ley de Lavado de Activos ni se asumieron las reformas a los artículos 102, 103 y 104 del Código, referentes al comiso de los efectos o instrumentos del delito y de las ganancias de las personas jurídicas. No se dio igualmente respuesta a las recomendaciones acerca de reformular las figuras de peculado y demás delitos funcionales conexos al de corrupción.

En cambio, se aceptó la reformulación técnico-legislativa del cohecho pasivo propio (artículo 393 del Código Penal), en función de los verbos rectores aceptar-solicitar y condicionar, y las dos modalidades del cohecho pasivo impropio: aceptar y solicitar. Igualmente se aceptó el esquema

rector binario para el delito de cohecho pasivo específico del artículo 395. Ilustrativa de la mayor precisión en el tipo penal es la redacción propuesta por el Ministerio Público, y que se aprecia en el artículo 396, que contempla el cohecho pasivo específico de los funcionarios y servidores jurisdiccionales no magistrados: secretario judicial, relator, especialista auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo.

En la redacción del cohecho activo genérico, ahora regulado en el artículo 397, se suprimió, conforme a la propuesta del Ministerio Público, la frase «el que trata de», adoptándose en su integridad la fórmula sugerida. La nueva redacción del artículo 398, que regula el cohecho activo específico, expresa también la aceptación –con algunas variaciones de contenido– de la fórmula propuesta por dicho organismo público autónomo, consistente en separar los supuestos del cohecho activo específico en tres niveles, los primeros dos caracterizados por la calidad del destinatario del medio corruptor: magistrados, peritos, árbitros, miembro de tribunal administrativo o análogo; personal jurisdiccional, testigo, traductor o interprete o análogo; y el último nivel diferenciado por aludir al abogado en forma individual o como integrante de estudios de abogados como autor calificado del cohecho activo. Sin embargo, no merecieron aceptación legislativa las referencias al funcionario o servidor público en tanto sujetos activos, en el último nivel de cohecho activo específico agravado propuesto.

El tipo penal 399, que ahora recoge el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, incorporó igualmente la frase propuesta «en provecho propio o de tercero», no aceptándose, en cambio, la supresión de la calificación «indebidamente» que se sugirió en el Proyecto.

En lo concerniente al diseño legal del delito de tráfico de influencias, la Ley N° 28355, marcando la diferencia con los casos anteriores, no recogió el grueso del diseño trabajado por la Comisión Especial del Ministerio Público, consistente en eliminar las referencias a las «influencias simuladas» y provocar las sustituciones de las frases «con el ofrecimiento de» (por «ofrece interceder») y de la complicada fórmula del «hace dar o prometer» (por «a cambio de»). Si bien se adoptó la sobrecriminalización del delito, en tanto agravante, cuando el agente es funcionario o servidor público, donde sí se presentó evidente resistencia al interior de las comisiones legislativas del Congreso fue en criminalizar, atenuadamente, la intervención del «interesado» que ofrece mecanismo corruptor (donativo-promesa-ventaja) a un funcionario o servidor para que cualquiera de estos haga valer sus influencias ante otro funcionario o servidor con el objeto de obtener resoluciones o decisiones en provecho propio o de terceros, con lo cual se desechó un esquema que trató de proyectar en la comunidad un

mecanismo preventivo que hubiera permitido completar el círculo normativo contra la corrupción, en una suerte de diseño activo del tráfico de influencias.

La fórmula adoptada por el Estado en cuanto se refiere al enriquecimiento ilícito, a través de la Ley N° 28355 toma en parte algunas sugerencias del Proyecto del MP, pero desecha un aspecto atractivo político-criminalmente (hablando de las propuestas) que hubiera permitido sentar bases para reformas ulteriores de los delitos funcionales de enriquecimiento (peculado, cohecho, concusión). La idea trabajada al interior de la Comisión Especial del MP fue eliminar la restricción de tipicidad que mantenía el tipo 401, que se observaba en la frase «por razón del cargo», que si bien actuaba como filtro de tipicidad, complicaba por razones diversas la labor de interpretación; idea aceptada en la ley, pero no así la sugerencia normativa de evitar menciones a asuntos contables o de no justificación que finalmente ganaron consenso en los parlamentarios, quienes terminaron aprobando una redacción complicada y susceptible de evasión por parte de los agentes del delito. La Ley N° 28355 incorporó, en cambio, dos de las agravantes propuestas y que ahora constituyen el segundo párrafo del artículo 401, referidas a la mayor gravedad del injusto cuando los agentes son funcionarios públicos que «hayan ocupado» cargos de alta dirección en la Administración Pública o en empresas públicas, o cuando el agente «esté sometido a las prerrogativas del antejuicio y la acusación constitucional». No se aceptó, en cambio, la circunstancia de agravación de pena cuando el agente se vale de persona interpuesta. En suma, de las cuatro agravantes propuestas para el delito de enriquecimiento ilícito solo se aceptaron dos.

Lo original de la propuesta del Ministerio Público, «lo atractivo» que no fue asumido en el Congreso, señalaba una tercera agravante para el delito cuando el monto del enriquecimiento superaba las cincuenta unidades impositivas tributarias. De haberse aceptado legislativamente esta agravante, ello hubiera permitido efectuar un giro radical en la concepción político-penal de los delitos funcionales, de modo de superar el exclusivo factor formal de la «infracción del deber» que absolutiza erróneamente la concepción de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Esta variación en la concepción y el diseño normativo habría permitido extender la fórmula al ámbito de los demás delitos funcionariales de enriquecimiento, y ofrecer con ello mayores elementos de objetividad y proporcionalidad para construir circunstancias agravantes en tales figuras delictivas.

Por considerarlo un error en la concepción y sistematización vigente en el Código, se propuso igualmente reubicar el denominado delito de

condicionamiento con fines políticos y electorales que figuraba en el artículo 394-A, admitiéndose la recomendación para figurar como una modalidad de abuso de autoridad, ahora en el artículo 376-A.

La criminalización de los delitos de corrupción que en la actualidad exhibe la Ley N° 28355 ofrece tipos básicos y agravados en los delitos de cohecho pasivo propio (artículo 393), cohecho pasivo impropio (artículo 394), cohecho pasivo específico (artículo 395) y enriquecimiento ilícito (artículo 401); tipos básicos y atenuados en los delitos de cohecho activo genérico (artículo 397), cohecho activo específico (artículo 398) y tráfico de influencias (artículo 400); se han eliminado las irracionales inhabilitaciones a los abogados que incurren en delito de cohecho activo, que estuvieron contempladas en el artículo 398-B. La redacción de los tipos penales de corrupción ha sido en muchos casos mejorada, en otros se ha complicado innecesariamente el tipo penal (caso del enriquecimiento ilícito).

En el ámbito de la penalización, los marcos de pena privativa de libertad de todas las figuras de corrupción han sido ajustados a criterios de mayor conminación y severidad preventiva. Los extremos mínimos exhiben ahora cuatro años de pena privativa de libertad, con excepción de la reservada para la modalidad atenuada del cohecho activo genérico, fijada en tres. A efectos de conminar con una mayor penalidad, se ha adoptado una doble técnica de redacción legislativa, consistente tanto en aumentar, en las modalidades agravadas creadas, el mínimo señalado para el tipo básico, como en incrementar en términos absolutos la pena del tipo básico.

Si bien son numerosos los méritos exhibidos en la nueva regulación penal de los delitos de corrupción de funcionarios que exhibe la Ley N° 28355 (incorporados al Código Penal), no se ha podido, sin embargo, superar la doble y contradictoria regulación de las inhabilitaciones, ya que ello habría supuesto una reforma total de los delitos contra la Administración Pública, tanto a nivel de tipo especial como en la regla general del artículo 426. La fórmula de enriquecimiento ilícito sigue siendo el «talón de Aquiles» de los tipos penales funcionales, con mayor razón al haberse adoptado la fórmula argentina de la no justificación del incremento patrimonial del sujeto público que se enriquece como elemento del tipo, y al haberse continuado regulando en dicha norma penal aspectos referidos a cuestiones procesales. Igual objeción merece seguir manteniendo la referencia a las influencias simuladas en el tipo penal de tráfico de influencias. Posteriormente se cumpliría con la recomendación efectuada por la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción, de tipificar la figura de soborno transnacional en sus dos modalidades, pasiva y activa. Campo propicio a las reformas que se legitima más aún con la serie de

propuestas contenidas en el texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Mas allá de las objeciones que pueda levantar, frente al predominio de sus méritos, la Ley N° 28355 se constituyó en todo un hito en el tratamiento político criminal de los delitos funcionariales, ley que a no dudarlo ha tenido el mérito de romper el silencio y la pasividad frente a una realidad criminal que había sido evadida o deficientemente tratada a través de proyectos de ley fragmentarios, y en no pocos casos anodinos, cuando no ausentes de requisitos técnicos y de construcción adecuados. La propuesta del Ministerio Público de modificación de los tipos penales de corrupción, asumida en su gran mayoría de sugerencias, ha marcado un paradigma y toda una línea de reforma de la legislación penal, con la indudable valía que en este caso ha sido para hacer frente a una de las manifestaciones más extendidas y peligrosas de la delincuencia del poder. Posteriores reformas se orientarían a aspectos periféricos que no variaron los aspectos nucleares de criminalización.

En efecto, el ulterior proceso de modificaciones legislativas se ha encargado de efectuar agregados a los tipos penales de cohecho, en materia de inhabilitación expresa y pena de multa. La Ley N° 30111 (26/11/2013) incorporó la pena de días multa en los delitos de corrupción de funcionarios. Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1243 (22/10/2016) estandarizó la pena de inhabilitación en los tipos penales de corrupción de funcionarios al reformar el artículo 426 del Código Penal para sustituirlo por una mención genérica en el sentido de que los delitos contenidos en los capítulos II y III del Título XVIII que no contemplen la pena de inhabilitación son sancionados, además, conforme a los incisos 1, 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal, según corresponda, y el artículo 38, con lo que radicalmente cambió la naturaleza accesoria de la pena de inhabilitación para los delitos contra la Administración Pública y de justicia por una de naturaleza principal. El Decreto Legislativo N° 1351, se encargaría de anexar los delitos de cohecho pasivo y activo en el ejercicio de la función policial.

XVI. *COMPLIANCE* ANTICORRUPCIÓN

El gravitante escenario de intervención de las multinacionales en el destino de las Naciones y el grave compromiso para la estabilidad de los Gobiernos que supone su fuerza y protagonismo bajo las leyes del capital y el lucro, y en no pocos casos mediante la comisión de delitos y en lo particular escandalosos casos de corrupción, que ha conducido incluso a un grave deterioro de las condiciones de viabilidad del funcionamiento de la Administración Pública, y en otros al deterioro del ambiente, agravado

por las actuales condiciones de apertura de las fronteras al comercio y la actividad industrial/financiera mundiales, ha supuesto que desde los órganos de control internacional se plantee la necesidad de un nuevo abordamiento de la actividad empresarial, a la par de la injerencia punitiva en materia de gran corrupción propiciada por la codicia insaciable del capital en su alianza con los funcionarios de alto nivel.

Precisamente una de las nuevas apuestas para obtener un empresariado socialmente comprometido con su entorno social y responsable por las consecuencias de su acciones institucionales está representada por la puesta en desarrollo, a fines de los años noventa del siglo pasado, de los *compliance programs* o programas de tratamiento empresarial en la gestión de riesgos y readecuación de las estructuras y funcionalidad del mundo empresarial que los hagan compatibles con los planes de desarrollo de la sociedad y el Estado, evitando la comisión de delitos y especialmente actos de corrupción.

El *compliance* o sistemas de autorregulación empresarial para prevenir riesgos que propicia la responsabilidad social corporativa e internaliza al interior de las estructuras societarias, y en especial en sus niveles de decisión, una cultura de cumplimiento de la normativa y los deberes de la empresa y sus miembros, con la adopción de códigos éticos, análisis de riesgos, protocolos de investigación/denuncia y mecanismos de monitoreo, no solo constituye una decidida medida de orden mundial para prevenir la comisión de delitos, sino una respuesta de afirmación del Derecho y la legalidad también para las personas jurídicas que les resulta altamente rentable (para las corporaciones), habida cuenta de que el sistema jurídico les concede el privilegio, incluso, de exención de responsabilidad penal en caso de que la entidad demuestre la implementación de los planes de tratamiento(66).

(66) En el Perú, el Decreto Legislativo N° 1352, publicado el 7 de enero de 2021, que modificó la Ley N° 30424 (21 de abril de 2016), anota en su artículo 17: "La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1 (corrupción activa, soborno transnacional, lavado de activos, minería ilegal y financiación del terrorismo), si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión". Al respecto, en la doctrina española, que analiza la naturaleza jurídico-penal de esta eximente en tanto objeto de análisis desde el mirador de las excusas absolutorias, eximente de culpabilidad o causas de atipicidad, véase Abel Souto, Miguel: "Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en Matallín Evangelio, Angela (directora): Compliance *y prevención del delito de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 21 a 26.

Compliance programs los hay en diversas materias, tanto en la vía privada como para potenciar las múltiples actividades de las entidades públicas, pero en particular interesan los que están relacionados directamente a desactivar riesgos de corrupción desde la actividad empresarial, es decir, que permitan detectar e identificar un mapa de riesgos penales en la empresa, a partir del cual adoptar medidas de prevención y políticas de fidelización con el ordenamiento legal, que anulen dichos riesgos o los reduzcan al mínimo. García Cavero acoge la siguiente definición sobre los *compliance programs*: el conjunto de medidas necesarias y permitidas que adopta una empresa con la finalidad de evitar la responsabilidad penal de sus miembros individuales o de ella misma por medio de la prevención de los delitos o de su oportuna detección para gestionar adecuadamente sus efectos, si es que no es posible prevenirlos(67). Programas de este tipo, orientados a prevenir riesgos de corrupción y diseñados para ser aplicados, no solo en el escenario de los conglomerados económicos/financieros y societarios en general, sino igualmente en las entidades públicas encargadas de las contrataciones y concesiones, en el Ministerio Público y el Poder Judicial, la Policía Nacional como en el INPE, entre otras entidades del Sector Público especialmente sensibles a los actos de corrupción, como también en el sector de las empresas del Estado/ mixtas y el Gobierno central, que por definición no solo se sustentan en la técnica del "código de ética", sin duda constituirán herramientas preventivas eficaces si es que no se desnaturalizan desde los centros de poder político su naturaleza y finalidades(68).

Es en especial la *Brivery Act* inglesa del 2010 la que le ha dado un realce y reforzamiento a la política de utilización de los *compliance programs* a efectos de prevenir la comisión de actos de corrupción desde la actividad de las personas jurídicas privadas efectuando desde su interior una serie de cambios que pongan de manifiesto un nuevo compromiso empresarial y cambio de perspectiva. En este bloque de normativa de nueva generación y con relación a los programas de cumplimiento de la *Brivery Act* de 2010, interesa destacar el diseño legislativo de los 6 principios básicos desarrollados por *The Serious Fraud Office* del Reino Unido (Oficina contra el Fraude) para un correcto posicionamiento y funcionamiento

(67) García Cavero, Percy: Criminal compliance *en especial* compliance *anticorrupción y antilavado de activos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 80.

(68) Al respecto, Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel: Public Compliance. *Prevención de la corrupción en Administraciones Públicas y partidos políticos*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, p. 20 y ss. Ídem, Galán Muñoz, Alfonso: "Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras", en Matallín Evangelio, Angela (directora): Compliance *y prevención del delito de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 56 y ss.

de los *compliance programs*: (i) proporcionalidad, esto es, procedimientos adecuados a la actividad concretamente desarrollada y a los posibles riesgos que enfrenta la entidad; (ii) involucramiento de los funcionarios superiores e intermedios en las finalidades y cumplimiento del programa; (iii) identificación correcta, objetiva y técnica de los riesgos y abordarlos como tales en los programas y políticas; (iv) actitud diligente en la celebración de transacciones comerciales; (v) comunicación tanto interna como externa y formación del personal –directivos, administradores y trabajadores– para el cumplimiento de la legalidad; y (vi) monitoreo continuo y revisión del programa, con el objeto de comprobar su efectividad y necesidad de modificación y mejora.

XVII. ¿QUÉ HACER?

El estado actual de precariedad del funcionamiento de las Administraciones Públicas y de incipiente desarrollo económico y tecnológico que muestran una gran cantidad de países del otrora denominado "tercer mundo", incluido el Perú, se explica, además de los planes fallidos, por el factor corrupción y el control derivado de los ejes de dominio global de la economía que han limitado o condicionado el desarrollo de dichos países. En especial en las sociedades latinoamericanas que a principios del siglo XIX lograron políticamente su liberación del dominio político-económico español/portugués, dicha hipótesis explicativa fácilmente puede comprobarse con un recuento histórico del desarrollo de las instituciones de la mayoría de dichos países. En ya dos siglos (más o menos con dependencia de cada país) las naciones latinoamericanas no han podido acceder a estándares de vida democrática de un segundo o primer mundo –siguiendo parámetros de valoración europeos– pese a las numerosas oportunidades que la riqueza de sus recursos naturales, ventajas comparativas varias y la pujanza de sus factores humanos les debieron haber permitido.

En el caso del Perú, dicho estado de cosas es bastante elocuente, a la crónica crisis de gobernabilidad acontecida con los numerosos gobiernos militares (1824-1870) y las escasas expresiones políticas de gobiernos civiles en el siglo XIX[(69)], la corrupción de las élites gobernantes (políticos y actores económicos dominantes) fue una constante en la vida republicana, la misma que alcanzó su momento de eclosión máxima en tres hitos históricos que resulta de interés graficar:

(69) Al respecto, Mc Evoy Carreras, Carmen: "La corrupción en la historia del Perú: un fenómeno consustancial en la historia republicana", en Maúrtua De Romaña (editor): *Enfoques sobre la corrupción en el Perú*, Lima, Ediciones Misky 2018, pp. 44 a 50.

(i) En la denominada "época del guano" o, con palabras de Jorge BASADRE, del periodo de la prosperidad falaz (1844-1878) en la que el aún precario Estado peruano alcanzó niveles de riqueza absolutamente desbordantes, que lo convirtieron en un sudamericano "emirato árabe", si vale la comparación, por la gigantesca provisión de ingresos económicos[70], producto de la venta de los fosfatos y nitrógeno contenidos en los excrementos de las aves marinas, localizadas principalmente en las islas de Chincha –al sur de Lima–, utilizadas en Europa y los EE. UU., que vivían sus revoluciones industriales, y parte de Asia, como fertilizante natural para optimizar su producción agrícola ganadera. El Perú se convirtió en la primera potencia mundial exportadora de dicho recurso. Oportunidad perdida para modernizar el Estado e industrializar las bases económicas de la nación, que supusiera la más increíble corrupción de las élites gobernantes (políticas y empresariales), que dilapidaron los recursos públicos y en otros casos la disiparan en especulaciones financieras/pagos de préstamos internacionales, incremento de la burocracia estatal y en la construcción de ferrocarriles, sin que se crearan bases económico-industriales ni ejes regionales de desarrollo para el despegue del país. Es particularmente expresiva de esta gigantesca corrupción –por el volumen del dinero público comprometido– el reparto de fondos estatales por un aproximado de cinco veces el presupuesto del Estado para 1850 a los amigos de los sucesivos regímenes políticos, que se conoció como el fenómeno de "los consolidados de la deuda": empresarios, políticos y militares a quienes el Estado reconoció una deuda –en muchos casos ficticia o sobredimensionada– por expropiaciones y préstamos forzosos durante la campaña de la independencia[71], que llevara a Ricardo

(70) CONTRERAS y CUETO, con datos del economista norteamericano SHANE HUNT, estiman que durante el ciclo guanero el Estado peruano percibió ingresos por 80 millones de libras esterlinas que, con un cuadro de comparación para la época, significaba ochenta veces el presupuesto de la República de 1850, que superaba largamente el valor del oro y la plata extraído de las minas del país durante toda la época del virreinato. CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos: *Historia del Perú contemporáneo*, sexta edición, Lima, IEP, 2018, p. 147.

(71) Al respecto, CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos: *Historia del Perú republicano*, cit., p. 152; ídem BONILLA, Heraclio: *Guano y burguesía en el Perú. Contrastes y paralelos en el marco de la región andina*, cuarta edición aumentada, Lima, IEP, 2020. BASADRE, Jorge: *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú republicano*, Lima, Editorial Milla Batres, 1979, p. 75 y ss.; QUIROZ, Alfonso: *Historia de la corrupción en el Perú* (traducción por Javier Flores Espinoza, Lima, IEP, 2013. QUIROZ realiza en su obra una minuciosa investigación sobre el escándalo de la consolidación de la deuda en la década del cincuenta del siglo XIX, y el papel que le tocó cumplir en este lamentable suceso de corrupción a los presidentes Ramón Castilla y Rufino Echenique,

PALMA a decir "que se improvisaban fortunas en menos tiempo de lo que tarda un cura loco en peinarse"[72].

(ii) A la "época del guano" le sucederían otros periodos de prosperidad (a fines del siglo XIX y durante todo el siglo XX) con la era del caucho, el algodón y la caña de azúcar, los recursos pesqueros y la explotación minera mediante enclaves, que igualmente se constituyeron en momentos históricos y factores de ingentes recursos, lamentablemente no utilizados para generar las bases del desarrollo económico industrial del Perú, con la formación de una clase industrial y agraria capitalista nacional que asiente un sólido mercado interno, propicie ciencia y tecnología, y se inserte con poder de negociación en el concierto económico internacional, continuando el Estado peruano en su condición de rentista y administrador de los negocios de terceros, principalmente importadores y hacendados, con ajenidad a los intereses populares y con evidente despreocupación por la población indígena, a la par que reprodujeron y perpetuaron prácticas de corrupción de alto nivel. Pero es durante el denominado "**oncenio**" (1919 a 1930, periodo en el cual se produce un recambio de poder en los ejes de dominio mundial del capitalismo con el reemplazo del control inglés por el norteamericano) en el cual –durante los sucesivos gobiernos de Augusto B. Leguía– se desencadenan numerosos escándalos de corrupción política, empresarial y judicial que, a la caída del régimen, dieron lugar a la creación del Tribunal de Sanción Nacional –de efímera vida– entre agosto de 1930 a abril de 1931, encargado de su investigación[73].

(iii) La corrupción sistémica e institucional acontecida, con mayor intensidad, en las postrimerías del gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), precedida y subseguida por otros Gobiernos igualmente corruptos, populistas y demagógicos. Corrupción institucionalizada y generalizada del poder político/empresarial que comprendió a las élites militares, los medios de comunicación, la

---

en el que se inflaron deudas y mediante el fraude se lograron fortunas ilegales depredándose los recursos públicos del Estado peruano, cit., p. 169 y ss.

(72) Citado por GILBERT, Dennis L.: *Historia de tres familias*, Lima, Editorial Horizonte, 1982, p. 18. BONILLA llama clase "rentista y parasitaria" a las élites económicas gobernantes de la época del guano, cit., p. 143.

(73) Al respecto véase PORTOCARRERO, Felipe y CAMACHO, Luis: "Impulsos moralizadores: el caso del Tribunal de Sanción Nacional 1930-1931", en PORTOCARRERO, Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico-IEP, 2005, pp. 35 a 73.

justicia formal y afectó seriamente los distintos sectores de la sociedad civil controlándolos y contagiándolos; corrupción asociada a fenómenos particulares que la caracterizan y dotan de singularidad: conexión con el crimen organizado, el copamiento y utilización de las instituciones para cometer delitos, la subordinación de la *mass media* a los intereses políticos, el eclipsamiento de los partidos políticos y el adocenamiento de la actividad sindical.

En estos tres periodos de intensa vida política y de contradicciones insalvables, en los que la economía nacional fue intensamente modificada y alterada en su decurso, se definió la historia del Perú, que ingresó al tercer milenio sin visos de solución de modernidad, jalonado, entre otras variables –improvisación, incompetencia y negligencia– por el factor corrupción que explica en gran medida el estado de postración, precariedad, y particularidades de las instituciones público/privadas, la educación, salud y desarrollo en general de la sociedad peruana altamente complaciente con dicho fenómeno.

Che fare? Es la pregunta que se hace el ex juez supremo Piercamillo Davigo, otrora magistrado del famoso caso de corrupción estructural y sistemática *Mani Pulite*, que escandalizara Italia de los años noventa, en su obra *Il sistema della corruzione,* Roma, Editori GLF Laterza, 2017, p. 93.

Qué hacer frente a la corrupción, contra la corrupción, para evitar y/o combatir las prácticas de corrupción, para reducirlas –en términos razonables– a escenarios de control y menor daño posible. Reflexionando sobre ella, Davigo nos dice que la corrupción es un fenómeno serial, esto es, esencialmente repetitivo, porque el funcionario que se vende no lo hace una sola vez; que la corrupción es igualmente un fenómeno con una cifra oscura muy elevada que probablemente nunca será conocida, y entre otras más certeras disquisiciones anota que la corrupción, como la mafia, crea relaciones con altísima capacidad de contaminar la prueba. "¿Qué hacer?", escenifica un mundo de respuestas que todos –organismos internacionales y personalidades, especialistas y profanos, políticos y economistas, peritos y personas con sentido común y, también, por cierto, camuflados e interesados corruptos personajes– se han empeñado en ofrecer y que en algunos casos han dado ciertamente resultados concretos y en la mayoría de situaciones la han mistificado y agravado. Y en ese rango estadístico de medidas exitosas incluso puede que para un contexto social e histórico determinado resulten ellas no siempre recomendables. No obstante, existen propuestas que pueden ser aprovechadas con éxito, por lo menos académico, en el intento de brindar respuestas con significado de resultado.

No se pretende en este apartado, al describir un conjunto de medidas a adoptar, someterlas al baremo de su eficacia, de modo que la pregunta en realidad queda abierta para ser asumida por todo aquel que evidencie competencias, estrategias e ideas. Aquí algunas sugerencias generales y desordenadas que no discriminan ámbitos o modos específicos de corrupción y que en modo alguno se presentan como respuestas necesariamente correctas, pero sí aproximaciones para abordar mínimamente tan global, dramática y particular problemática: (i) en primera línea, democratizar la sociedad, lo que supone superar las fracturas económicas y abismales distancias entre ricos y pobres, de modo y al punto de tener ciudadanos dignos con derechos, recursos y posibilidades reales de movilidad social horizontal y vertical; (ii) diagnosticar las formas de corrupción en los principales focos públicos de vulnerabilidad para conocer sus modos, estilos, vinculaciones, redes (a modo de ejemplo, en los núcleos del Poder Ejecutivo, en los sectores educativo, salud, ejecución penitenciaria, justicia oficial, contrataciones y concesiones públicas, etc.) a efectos de establecer políticas (público-privadas) y medidas de superación de sus más dañinas manifestaciones y disminución/control de sus modalidades ancestrales; (iii) proyectar desde el poder oficial ejemplos de socialización normativa, de modo que los funcionarios del más alto nivel se constituyan en paradigmas de integridad –impulsando medidas de severidad en la sanción cuando ello no suceda– para el funcionariado intermedio y la sociedad; (iv) controles estrictos y razonables en el diseño del perfil y la selección del personal para las Administraciones Públicas que equilibre el funcionario de carrera con el de confianza; (v) remuneraciones atractivas y justas, alejadas del péndulo de los bajos sueldos del "heroísmo populista" como del despilfarro fácil del festinamiento; (vi) introducir programas de cumplimiento (*compliance programs*) en todas las entidades públicas sujetas a monitoreo y mejoras que optimicen la buena gobernanza y el servicio público, propiciando la cultura anticorrupción y la rendición de cuentas; (vii) acompañamiento técnico y fiscalizador a los gobiernos regionales y locales en el mercado de las contrataciones públicas, desde su programación y durante la ejecución de sus procesos; (viii) modernización de las diferentes modalidades de contratación pública, público-privada y concesiones, bajo parámetros de simplicidad, eficacia, calidad, flexibilidad, control, transparencia e integridad; (ix) estratificación de los centros de poder público, lo que supone desmonopolizar el poder de decisión de las entidades de la Administración (economía, comercio exterior, producción de leyes, pesca, ingreso de personal, educación, justicia, INPE, etc.); (x) en materia específica de justicia, ampliar los modos y escenarios de administración de la justicia oficial: justicia de cercanías, sistemas de participación ciudadana, escabinado, mediación y justicia restaurativa; administración multifocal de los

penales; (xi) transparentar los procesos de toma de decisión de las entidades públicas consolidando la integridad de los funcionarios y servidores públicos e impulsado la conciencia cívica y el control ciudadano; (xii) reformar la Constitución para introducir el derecho a la salud y educación de calidad de todos los peruanos, el derecho al patrimonio y los principios de responsabilidad funcional, transparencia, objetividad e imparcialidad en los procedimientos fiscales y judiciales; (xiii) modernizar y contemporizar la política criminal y, por lo mismo, la injerencia punitiva institucional para investigar y procesar delitos de crimen organizado, corrupción institucionalizada y transnacional, bajo esquemas de objetividad, colaboración internacional, racionalidad y respeto por los derechos fundamentales de las personas. Como podrá apreciarse, son algunos mínimos genéricos a tomar en cuenta en la construcción de una sociedad más justa e igualitaria, con ciudadanos con derechos y deberes en la que la corrupción se halle controlada y reducida a sus expresiones mínimas.

CAPÍTULO II
Los delitos de corrupción pasiva

SUMARIO: I. Bien jurídico protegido. **II.** Los verbos rectores: acepte-reciba-solicita-condiciona: 1. Acepta (acepte). 2. Reciba. 3. Solicita. 4. Condiciona.

I. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El interés jurídico penalmente relevante, en términos generales, reside en proteger el normal funcionamiento de la Administración Pública, macrointerés valioso y de primer orden para la estabilidad y funcionalidad del Estado constitucional de Derecho y la preservación de las condiciones mínimas de legitimidad de la justicia oficial. En un sentido específico, los delitos de cohecho pasivo buscan garantizar los principios de imparcialidad de la Administración y de igualdad de los ciudadanos y personas frente a la ley y las entidades públicas, al igual que afirmar la confianza de la sociedad y de los ciudadanos en la Administración Pública. Se busca, en suma, asegurar un desempeño ajustado a Derecho y a los deberes de función de sus agentes. La directriz básica de política penal implícita en la norma busca evitar que los actos de función o servicio sean objeto de prestaciones ilícitas, fundamentalmente de contenido patrimonial[74] y, por lo mismo, consolidar los valores integridad y rectitud en el desarrollo de los comportamientos funcionales de funcionarios y servidores públicos.

(74) En tal orientación, la ejecutoria suprema del 2 de julio de 1998, Exp. N° 521-98 (Sala Penal C): "La conducta dolosa 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".

II. LOS VERBOS RECTORES: ACEPTE-RECIBA-SOLICITA-CONDICIONA

1. Acepta (acepte)

La primera acción típica que contiene los tipos de cohecho es la de *aceptar*, constituyendo ello una manifestación externa de voluntad de admisión del funcionario o servidor con relación a algún mecanismo corruptor que pone en juego el tercero con la finalidad de obtener prestaciones ilícitas propias o inherentes al ejercicio de la función o del servicio público del sujeto activo vinculado. Acepta quien admite verbalmente –o no verbalmente, con actos que patenticen una inequívoca voluntad en tal dirección– o demuestra complacencia ante las ofertas de entrega de bienes con valor patrimonial (dinero, bien mueble, inmuebles, títulos valores, etc.), de ventajas patrimoniales o no patrimoniales presentes o futuras, o frente a la promesa (por definición a tiempo futuro) de dar donativo, hacer prestaciones o conceder beneficio. En todos los casos sin que el sujeto público lo haya solicitado. Esta última nota característica delimita el verbo rector «acepta», pues si la aceptación es producto de una negociación ilícita que tiene su punto de partida en solicitudes o peticiones efectuadas previamente –en relación de inmediatez o mediatez– por el funcionario o servidor, no estaremos en el ámbito de significancia de este verbo rector, ya que dicha hipótesis de aceptar luego de haber solicitado implicará ya el agotamiento de la otra modalidad de cohecho referida a la solicitud de medio corruptor practicada por el sujeto público.

Aceptar es así una declaración de voluntad del funcionario/servidor público que, asociada a la lógica de los delitos de cohecho pasivo, deviene de contenido ilícito y desvalorada jurídico-penalmente. La aceptación, en tanto conducta típica, está orientada al mecanismo corruptor cualquiera sea el donativo, ventaja o beneficio, ello significa aceptar la promesa u ofrecimiento de alguno o de varios de dichos medios corruptores, en tanto convergencia de voluntades ilícitas puestas en juego por dos agentes (*intraneus* y *extraneus,* respectivamente)[75].

Con el diseño actual de los verbos rectores, acepte-reciba-solicita-condiciona, que hace explícita la diferenciación entre las conductas acepta y recibe, se permite, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma

(75) Abordando las relaciones entre aceptar y recibir, y acerca de su probable o negado sentido de intercambiabilidad semántica y material, véase Jiménez Niño, Sergio: "El delito de cohecho pasivo. Modalidades, consumación y flagrancia. ¿Se está actuando correctamente?", en *Gaceta Penal*, Tomo 63, setiembre 2014, Lima, Gaceta Jurídica, p. 167 y ss.

de 2004 (que solo empleaba la fórmula acepta-recibe), darle sentido a la interpretación del contenido y alcances del verbo rector «acepta» que figura en las fórmulas de cohecho pasivo, delimitándolo conceptualmente de la recepción de bienes y posibilitando configurar a través de él una modalidad de cohecho pasivo que se diferencia en su grado de desarrollo e intensidad de los demás verbos rectores de las otras variedades de cohecho pasivo.

La aceptación supone la concreción del *pactum sceleris*, vale decir, ante la propuesta formulada por el *extraneus* de entrega o promesa de medio corruptor, el sujeto público perfecciona la convergencia ilícita poniendo de manifiesto su voluntad criminal al dar su complacencia o conformidad. La aceptación está relacionada con propuestas dolosas e ilegales generadas por terceros, frente a las cuales el funcionario en cumplimiento de sus deberes de función y con base en la posición de garante del bien jurídico debe rechazar y denunciar.

Con relación a la aceptación del medio corruptor, en tanto comportamiento doloso, no es dable plantear formalidad alguna de las previstas en las leyes extrapenales. El aceptar es así un acto de simple actividad, en el que no se requiere que el agente infractor obtenga físicamente el donativo o goce de la ventaja o beneficio. Basta la expresión y el direccionamiento de su voluntad en dicha orientación. Sin embargo, el comportamiento aceptar tendrá que estar vinculado a donativo, ventaja, beneficio o promesa para que adquiera interés penal, con los que el legislador ha tratado de cerrar el ámbito posible de medios corruptores que puedan ponerse en juego en el cohecho.

2. Reciba

En cambio, con el verbo rector «recibir» ingresamos a un comportamiento doloso de resultado, caracterizado por implicar necesariamente una transferencia, una entrega y recepción, un dar y recibir; en suma, un tomar el funcionario o servidor público lo que le da, transfiere o entrega una tercera persona que juega el rol de agente corruptor, o que actúa en delegación de este. Con esta forma de comportamiento se perfecciona el nexo entre el funcionario o servidor que observa una actitud etimológicamente pasiva y aquel "alguien" que le da o entrega que observa una disposición activa, dinámica. Se objetiviza también aquí el concurso de voluntades entre ambos, el pacto tácito o expreso. La promesa de dar o entregar resulta forzado ingresarla en los alcances del «recibir» imputable al sujeto público, pues está ya absorbida en el contenido significativo del verbo rector «acepta». Si es que el agente público ha solicitado previamente, esto

es, ha entrado en acuerdos ilícitos, siendo la entrega del donativo ventaja o promesa una consecuencia, la recepción material constituirá simplemente un agotamiento del delito, no pudiendo configurarse esta modalidad de cohecho por recepción. Se entiende entonces que existen dos clases de recepción de medio corruptor: una de ellas de contenido jurídico penal que consuma el delito y otra de naturaleza fáctica que no viene a ser sino una progresión del cohecho ya consumado con la solicitud.

El factor temporal también juega un papel de importancia para diferenciar la aceptación de la recepción. Así, «mientras en la recepción el funcionario recibe algo de carácter material, en la aceptación el funcionario recibe una declaración de voluntad del particular en la que se compromete a darle algo en el futuro[76].

3. Solicita

Es el acto de pedir, pretender, requerir –en una línea de baja intensidad– una entrega de donativo, ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, de ventaja que hace el funcionario o servidor a alguien indeterminado con quien se halla vinculado o se va a vincular por un acto de su competencia funcional. Solicitar es un verbo de acción, de actividad, que involucra dos sujetos, uno que pide y otro a quien se dirige el pedido y que debe tener conocimiento de la petición. Sin embargo, no es necesario que esa relación se perfeccione fácticamente, basta que el sujeto especial solicite, no siendo necesario que el receptor del pedido acceda o dé; vale decir, la inexistencia del pacto no hace atípica la figura por cohecho. La solicitud debe ser expresa y practicada directa o indirectamente, en este segundo caso cuando se hace llegar el pedido ilícito mediante terceras personas que actúan a nombre del funcionario o servidor público, submodalidad quizás la más frecuente y que se adecua mejor a la tesis del no necesario dominio de hecho por parte del funcionario o servidor en esta clase de delitos. Las solicitudes implícitas (lo que se da a entender, el sobreentendido, lo que debe deducirse de otras frases), esto es, las sutiles manifestaciones de voluntad no expresamente declaradas por el sujeto público o por quien actúa a su nombre y puestas de manifiesto con lenguaje no verbal (gestos, asentimientos de cabeza, de los dedos de la mano, estiramientos de la mano, etc.) o verbal pero encubiertas con eufemismos o cifradamente, deberán ser analizadas caso por caso a fin de verificar su idoneidad y fuerza corruptora. Solicitar, señala Morillas Cueva, supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona por la que, en este caso, el funcionario

(76) Olaizola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 257.

o autoridad pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en ejercicio de su cargo[77].

4. Condiciona

Cuando la solicitud se convierte en requerimiento imperioso, en intimación, rebasamos la modalidad de cohecho mediante solicitud para ingresar al terreno del condicionamiento o forzamiento indebido de la voluntad del agraviado, que la norma penal regula en la tercera modalidad de cohecho pasivo del artículo 393 del Código Penal. Cuando el sujeto público no solo condiciona, sino que obliga o hace uso de violencia o intimidación, entramos a un caso de concurso con el delito de concusión o extorsión.

La simple sugerencia y/o la insinuación no adquieren la idoneidad requerida por la solicitud. Naturalmente que se trata de actos reprobables, pero que aún no han ingresado en el ámbito significativo de la ejecución delictiva. Al igual que lo que sucede en los supuestos anteriores, el solicitar para ser típico tendrá que estar vinculado con los medios corruptores donativo, ventaja, beneficio o promesa (de donativo o ventaja); si la solicitud que practica el funcionario o servidor se salen de este marco delimitador, no podrá hablarse de conducta típica.

Estas tres acciones (aceptar, recibir y solicitar), además de estar vinculadas a los medios corruptores donativo, promesa, ventaja o beneficio, deberán igualmente hallarse orientadas en vinculación de finalidad con la prestación de actos funcionales o de servicio por parte de los sujetos públicos, que supongan en un caso violación o quebrantamiento, por acción u omisión, de obligaciones legales (cohecho propio); y en otro violación de deberes ético-administrativos, pese a que no se incumpla con las obligaciones de ley (cohecho impropio). Ambas orientaciones de doble sentido –hacia el medio corruptor como a las prestaciones funcionales– de la conducta típica son necesarias para afirmar tipicidad por delito de cohecho.

La importancia de distinguir entre estas modalidades de cohecho reside en la focalización del momento en que se produce la consumación del delito, evitándonos así complicaciones en la interpretación o desnaturalizaciones en la decisión judicial. Así, por ejemplo, ya no podrá entenderse que solicitar significa solo una tentativa de recibir, ni que el recibir sea

(77) Morillas Cuevas, Lorenzo: «Cohecho», en Carmona Salgado, Concepción; Cobo Del Rosal, Manuel; Gonzales Rús, Juan y otros: *Compendio de Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 810.

la consumación del aceptar o solicitar; tales interpretaciones se resienten con la estructura de los momentos consumativos poseídos por los tipos de cohecho en el Código Penal peruano y con criterios mínimos de interpretación racional de los tipos penales.

1

COHECHO PASIVO PROPIO[78]

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Sujetos activo y pasivo. **IV.** Comportamientos típicos: 1. Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones. 2. Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas. 3. Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja. **V.** Elemento subjetivo. **VI.** Consumación y tentativa. **VII.** Participación. **VIII.** Concurso de delitos. **IX.** Penalidad. **X.** Jurisprudencia comparada.

Artículo 393: *«El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

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.

(78) El estudio del cohecho pasivo propio se completa con las causales negativas del delito y con la legislación extranjera. Véase más adelante *infra*, p. 165 y ss. Las sumillas de jurisprudencia véase en la p. 393 y ss.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa» (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013. Anteriormente fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

Tipo penal original (1991) sustituido

Artículo 393: *«El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa es el artículo 349 del Código Penal de 1924, reformado por Decreto Legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981: *«El funcionario o servidor público que solicitare o aceptare un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja para hacer u omitir algo en violación de sus obligaciones, o el que aceptare el donativo, la promesa o ventaja a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con prisión no mayor de dos años, multa de la renta de treinta a sesenta días e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por no menos de tres años».*

El Código Penal de 1863 ofrece una redacción diferente en su artículo 175: *«Cuando medie cohecho o soborno en los delitos que los empleados públicos cometan en el ejercicio de sus funciones, se les aplicará la pena correspondiente a estos delitos, aumentada en un grado; y además una multa del duplo del valor recibido o del tanto del prometido o aceptado».* Comentando esta normativa, a la que consideraba casi inaplicable, Viterbo Arias expresaba sus cuestionamientos al hacerse depender la pena del cohecho de los delitos cometidos por el funcionario o servidor público, lo que daba cuenta de su falta de autonomía e implicaba que el tipo penal de cohecho constituyera una circunstancia agravante de delitos imprecisos. Además, criticaba la falta de razonabilidad de la norma al sostener que "siendo las penas más comunes en nuestro Código, para los delitos peculiares a empleados públicos, las de suspensión y destitución, de las que la primera no tiene grados, pues el legislador se ha reservado señalarle una duración discrecional según los casos, y la segunda es por su naturaleza

indivisible; el aumento de pena, por razón de cohecho, de ese grado que el artículo 175 prescribe, será en muchos casos irrealizable"[79].

Las influencias históricas de la legislación extranjera provienen del Código Penal francés (artículos 177 y 178... *que hubiere aceptado ofrecimientos o promesas o recibido donativos o presentes*), del Proyecto de Código Penal federal suizo de 1918 (artículo 279... *para realizar algún acto que implique violación de los deberes de su cargo, solicitaren, aceptaren o se hicieren prometer alguna dádiva u otra ventaja*) y del Código Penal alemán de 1871 (artículo 332... *hubiere aceptado o exigido donativos u otros beneficios por hacer una cosa contraria a los deberes de su cargo o de su servicio*).

II. LA FIGURA PENAL

El legislador peruano ha construido, con mayor énfasis luego de la reforma practicada por la Ley N° 28355 tres modalidades delictivas definidas por los verbos rectores (pasivos: *acepte* y *reciba* y activos: *solicita*, y *condiciona*) y de cuádruple comportamiento delictivo ahora regulada en tres párrafos autónomos. Se ha diferenciado de tal modo nuestra legislación penal de la tradición francesa que impuso el tipo penal pasivo puro y de comportamiento simple.

El Código Penal peruano presenta una fórmula de cohecho pasivo propio en su artículo 393 y otra de cohecho pasivo impropio en el 394. Esta técnica de redacción resulta inadecuada, pues se coloca primero la forma agravada de cohecho pasivo y luego el tipo básico. Se ha preferido así seguir el modelo del proyecto suizo de Código Penal de 1918 y no el alemán de 1871, que ofrecía una mejor sistematización que la francesa incluso.

El diseño peruano de cohecho pasivo no registra modalidades de recepción de donativos o ventajas permitidos por autoridad superior competente, como sí lo regula el artículo 333.3 del *Strafgesetzbuch* alemán, ni tampoco posee norma que excluya la penalidad del *extraneus* que denuncie –en tiempo razonable a fijar por la norma– haber sido objeto y accedido a la solicitud de donativo o ventaja por parte del funcionario o servidor público, que contempla el artículo 426 del Código Penal español y 374-B portugués. Particularmente, el Código Penal portugués vigente ha regulado hipótesis de exculpación/dispensa de pena y de atenuación acentuada: (i) siempre que haya denunciado el hecho antes de los 30 días de producido, y antes

(79) Viterbo Arias, José: *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Tomo 2, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1898, p. 384.

de la instauración del procedimiento penal; (ii) antes de la efectivización del hecho repudie voluntariamente la oferta o la promesa que aceptara; (iii) antes de la efectivización del hecho retira la promesa o rechaza el ofrecimiento de la ventaja. La atenuación de pena, la norma penal portuguesa la ubica en el supuesto de que ayude concretamente a obtener o producir la prueba decisiva para la identificación o captura de otros responsables.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario o servidor público que desarrolla, por acto propio o mediante terceras personas a su nombre, el comportamiento típico exigido por la norma (bajo cualquier verbo rector: acepta, recibe, solicita, condiciona o incluso en combinación de algunos de ellos), hallándose vinculado con el bien jurídico en razón a sus atribuciones o competencias regladas. Se trata de un tipo de infracción de deber que excluye de la autoría no solo a los particulares, sino incluso a otros funcionarios o servidores públicos que no gozan de los atributos de vinculación funcional, esto es, que por más que reciban, acepten o soliciten donativo o ventaja, sin embargo, no está en el marco de sus posibilidades legales –según competencia o atribuciones– contraprestar a cambio actos funcionales o de servicio. Pueden ser autores igualmente los jueces, fiscales, peritos, árbitros o miembros del tribunal administrativo (todos ellos sujetos públicos), cuando el supuesto de hecho imputado no resulta reconducible en la totalidad de las exigencias de tipicidad del artículo 395; precisión válida también para los sujetos específicos del artículo 396, bajo el mismo supuesto de no reconducibilidad total.

No puede ser sujeto activo el particular, pues se trata de un tipo especial propio de infracción de deberes funcionales imputable solo al funcionario o servidor, lo que descarta la tesis de autoría directa, mediata o coautoría para dicho sujeto extraño a la Administración Pública.

El funcionario o servidor público, autor de cohecho pasivo propio, puede ser único o múltiple, conservando los niveles de autoría directa o indirecta. En casos excepcionales puede configurarse situaciones de coautoría, si dos o más autores que actúan conjuntamente y con dolo mancomunado infringen los mismos deberes de función. Tesis que, sin embargo, doctrinariamente es objeto de debate[80].

(80) En el artículo de Salazar Sánchez, Nelson: «El delito de cohecho pasivo propio en el Código Penal peruano», en *Actualidad Jurídica,* N° 147, febrero, Lima, 2006, p. 18, dicho autor es de la opinión de que por tratarse de un delito de infracción de deber y debido a la posición de garante directo que tiene el *intraneus* para con el bien jurídico se excluye la coautoría.

Sujeto pasivo es el Estado. Diversas ejecutorias supremas han precisado que, tratándose de delitos de cohecho, el agraviado resulta el Estado y no las personas condicionadas que entregan los donativos o que son objeto de la solicitud que efectúa el funcionario o servidor público[81]. Es normal y usual que, a efectos de individualizar mejor al ente público afectado, dicha titularidad se desagregue en función de cada entidad pública que sufre el impacto jurídico del comportamiento típico.

IV. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *acepte, reciba, solicita* y *condiciona*, empleados alternativamente, esto es, como variedades autónomas de cohecho, que a su vez definen modalidades diferenciadas de dicho ilícito penal. Cualquiera de estas acciones perfecciona el delito de cohecho al ser conductas alternativas, vale decir, la norma no requiere que se den todas o varias de ellas juntas para configurar tipicidad.

Elemento finalístico: para realizar u omitir. Es característica de tipicidad inherente a las distintas modalidades de cohecho pasivo propio e impropio antecedente, tanto doméstico como transnacional y que lo diferencia nítidamente del cohecho pasivo subsecuente, donde no existe la posibilidad de orientar el medio corruptor a un fin funcional determinado. Característica que incluso se puede advertir igualmente en las modalidades de corrupción activa, y que constituye un componente esencial para configurar delito. Este elemento orienta la interpretación del sentido comunicativo del medio corruptor puesto en juego en el comportamiento del sujeto público, de forma tal que el dinero aceptado o recibido por el funcionario/servidor público que esté por fuera de dicha orientación descarta tipicidad de cohecho pasivo[82]. El funcionario/servidor debe saber que cuando acepta, recibe, solicita o condiciona sus actos de función o servicio, estos están predeterminados a que realice u omita acto en violación de sus obligaciones.

(81) Ejecutoria Suprema de 24/05/1985, Exp. N° 2441-85-Arequipa, *Jurisprudencia penal*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, p. 173.

(82) Así, la ejecutoria suprema del 26 de marzo, R. N. N° 4082-2006-Lima, Sala Penal Permanente: "Para la configuración del delito de cohecho propio imputado a los encausados, se requiere no solo una entrega concreta de dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional –infracción de deberes funcionales–, en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso al no existir probanza alguna que comprueba aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos.

Los comportamientos típicos previstos en el artículo 393 integran tres supuestos de hecho de ilicitud penal: **a)** aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones; **b)** solicitar o aceptar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones; **c)** aceptar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Cada supuesto a su vez comprende diversas y específicas modalidades de comisión delictiva.

Todas estas hipótesis deberán estar vinculadas a actos que son inherentes a la función o servicio del sujeto activo, pues de tratarse de prestaciones que no ingresan al ámbito de competencia o atribuciones, derivadas del cargo, de la función o de facultades específicas agregadas –vía administrativa o legalmente– del funcionario o servidor, el supuesto de hecho imputado dejará de ser delito de cohecho pasivo propio para configurar otros ilícitos penales tales como tráfico de influencias, estafa o definir participación en cohecho[83]. Finalmente, la mayoría de las indicadas hipótesis 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 sujeto público), mientras que este último obtiene provecho (en sentido amplio y en acto seguido a la prestación o en un futuro previsible) del acto funcional o de servicio realizado u omitido por el funcionario o servidor. Pero esta bilateralidad total es imperfecta, pues puede no presentarse en la modalidad típica que concentra la relevancia penal en el acto de solicitar, que como ya indicáramos no presupone necesariamente el pacto o concierto ni la concurrencia de personas (plurisubjetividad), por lo mismo, en este caso no existirá contraprestación mutua.

1. Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones

Los comportamientos pasivos alternativos de aceptar o recibir el donativo, promesa, ventaja o beneficio por parte del funcionario o servidor público son las premisas (primer momento del comportamiento típico), que valoradas por el legislador con el mismo disvalor de injusto deben ocurrir previamente para que, y como efecto de las mismas (con un matiz ampliado en el caso del recibir), se plantee la posibilidad de que se produzca la realización de un acto oficial que constituya violación de obligaciones.

(83) Véase Muñoz Conde: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., p. 864.

Como indica correctamente BERNAL PINZÓN, debe existir una vinculación entre la aceptación del medio corruptor y el acto que se espera realice el funcionario[84]. La frase *«para realizar»* da cuenta, estructuralmente, del nexo de vinculación entre el medio corruptor, el núcleo del comportamiento típico (acepta-recibe) y la finalidad ilegal de la prestación funcional del sujeto público. De no producirse esta vinculación necesaria estaremos por fuera del tipo penal que describe el delito de cohecho pasivo propio; así, en supuestos en los que el sujeto público acepte dinero o los tome sin que tenga conocimiento de cuál es la motivación o direccionamiento de dicho ofrecimiento o entrega, pues en dicho supuesto faltará el conocimiento recíproco (por parte del sujeto público que acepta o recibe y de quien efectúa la entrega u ofrece) de la finalidad buscada o pretendida con la puesta en juego de dicho mecanismo, más allá de que el caso constituya un supuesto de error de tipo o amerite relevancia por ilícito administrativo.

Realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, en tanto un segundo momento de ilicitud, por parte del sujeto activo del delito (funcionario o servidor) supone la infracción o quebrantamiento de las atribuciones o mandatos normativos o reglamentarios que nacen del cargo, puesto, función, oficio o empleo (no restrictivamente o solamente los derivados del cargo), lo que significa –por la puesta en juego de motivadores corruptivos– la vulneración del principio de imparcialidad en una lectura penal y obviamente como derivación una deslealtad para con la Administración Pública. Deslealtad entendida no en sentido estrictamente ético o reduccionistamente con relación a las instituciones u órganos públicos (concepto subjetivo de Administración), sino para con el contenido funcional y la razón misma de existencia de la Administración Pública, esto es, en función de sus destinatarios: los habitantes del país, la Nación en su conjunto.

El tipo penal de cohecho pasivo propio contempla, al igual que los tipos penales 419 del Código Penal español y 319 italiano, tanto una **modalidad comisiva** (emitir resolución que autoriza un acto administrativo sin que el beneficiado cumpla con los requisitos previos; dictar mandato de comparecencia simple, concurriendo todos los componentes de la prisión preventiva, en ambos casos con la concurrencia de mecanismo corruptor –aceptado, recibido o solicitado–motivador de la voluntad funcional) **como igualmente omisiva**, aunque sin efectuar mayores precisiones en lo que respecta a esta segunda hipótesis, entendiéndose que ella se configurara cuando el sujeto público, estando obligado a efectuar actos propios de su competencia, opta –bajo el motivador del mecanismo corruptor– por

(84) BERNAL PINZÓN: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 128.

no llevarlos a cabo. La omisión se produce así ante mandatos normativos de obrar o actos esperados por el sistema de normas que involucran positivamente al sujeto público (por ejemplo, en los actos de competencia de los fiscales y jueces: dejar pasar el tiempo para que prescriba el delito, no emitir resolución judicial cumplido el plazo legal para ello, u otros como solicitar donativo para no imponer papeleta de tránsito por la infracción cometida, etc.), dejar de emitir la resolución autoritativa de funcionamiento de negocio, etc. No resulta aceptable jurídicamente construir modalidades de omisión impropia, dada la estructura del tipo penal[85].

La palabra *«obligaciones»* está tomada en su sentido normativo, vale decir, en consideración a la serie de imperativos reglados que nacen de la función, cargo o empleo, atribución específica dispuesta en ley o mediante resolución administrativa o delegación desempeñada, mas no así con base en consideraciones morales o exclusivamente sociales, menos con base en expectativas de deberes. Manuel Abastos maneja en este punto una posición estricta y flexible, cuando señala que «los actos ejecutados u omitidos por el funcionario deben ser actos propios de su cargo o constituir violación de las obligaciones anexas al mismo»[86]. El ámbito de competencia del cargo, empleo, etc., es decir, las funciones, roles y cometidos inherentes, delimita así el contenido de la ilicitud por cohecho imputable al funcionario o servidor público. Otorgarle al término *«obligaciones»* una interpretación etimológica extensiva ampliaría inadecuada e incorrectamente el campo de la ilicitud, al no existir un referente normativo ni objetivo. En el caso en análisis, ese referente lo fija la misma norma penal a través del elemento normativo *«sus obligaciones»*. El espectro posible de conductas específicas es muy amplio y está en función de los actos de competencia y atribuciones de cada sujeto público, incluyéndose aquí incluso la revelación de secretos o la divulgación de informaciones. El Código Penal peruano no hace referencia a que se trate necesariamente de la comisión de actos constitutivos de delito como requiere en una de sus fórmulas el Código Penal español, lo cual, sin embargo, no descarta dicha hipótesis extrema.

Aceptar y recibir son verbos que denotan actitud complaciente, expectante (aceptar), pasiva (recibir), de parte del sujeto público, dado que aquí el funcionario o servidor público no ha tomado la iniciativa (Olaizola

(85) En igual sentido véase Valeije Álvarez: El tratamiento penal de la corrupción, cit., p. 116.

(86) Abastos, Manuel G.: *Derecho Penal [apuntes de clases]*, cit., p. 244. Al respecto, véase ejecutoria suprema de 29 de setiembre de 1998, Exp. N° 2862-98-Lima (Sala C), que contiene el caso de un juez de paz letrado y un secretario judicial que habían recibido dinero en efectivo del litigante para favorecerlo en un juicio de desahucio en su contra.

NOGALES)[87]. El origen de la acción ha sido promovido por un tercero, lo que explica que en la fórmula actual del delito merezcan menor penalidad que los comportamientos que se agrupan en torno a los verbos solicitar y condicionar. En el campo de la aceptación, conforme precisa VALEIJE ÁLVAREZ, el funcionario recibe del particular una declaración de voluntad mediante la cual este se compromete a dar, hacer o decir algo a favor del funcionario. El funcionario no solo recibe el compromiso de obtener una ganancia en el futuro a cambio de la ejecución del acto contrario al cargo, sino que también puede obtener una retribución de carácter inmaterial, esto es, prestaciones que no son susceptibles de transferencia material (derechos o ventajas que carecen de corporeidad; así, dilación en un pago, aval o fianza, un descuento importante en la compra de un objeto)[88].

La conducta "aceptar" (el donativo o dádiva, la ventaja, beneficio o promesa), propia del funcionario o servidor público, además de suponer una concurrencia de voluntades y, por lo mismo, un delito de simple actividad, marca el hilo conductor para la configuración del delito de cohecho activo, en tanto delito imputable a un sujeto distinto del sujeto público vinculado, permitiendo la construcción de un ilícito de participación necesaria y de encuentro perfecto. Aceptación que deberá ser consistente no solo en términos de conocimiento –por parte del funcionario/servidor de la promesa (conexión psicológica)– que hace el agente del cohecho activo como de su contenido material (conexión objetiva), sino también idónea para configurar un ilícito de relevancia penal, esto es, expresiva de por sí de la aceptación-adhesión de parte del sujeto público ante el medio corruptor puesto en juego y la prestación funcional a realizar u omitir, en condiciones de posibilidad y concreción. Ello descarta como significativas jurídico-penalmente adhesiones a propuestas u ofrecimientos vagos, imprecisos, irrealizables, fantasiosos o imposibles de cumplir por parte del sujeto público, como por igual pactos o adhesiones a mecanismos o medios discutibles en su calidad corruptora (por ejemplo, continuar el enamoramiento, ofrecerle oraciones, agradecimientos o prácticas de sanamiento espiritual), incluso ante aceptaciones simuladas de parte del funcionario o servidor que solo buscan develar el delito.

La aceptación puede producirse ya mediante un acto de declaración expresa en referencia al donativo o la ventaja o a través de los denominados por la doctrina española «**actos concluyentes o implícitos**», indirectos

(87) OLAIZOLA NOGALES: *El delito de cohecho*, cit., p. 254.

(88) VALEIJE ÁLVAREZ: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 121.

o deducidos de una manifestación de voluntad de aceptación, por ejemplo, al no devolver los bienes del tercero que el funcionario o servidor tiene en su poder, en ambos casos con acuerdo entre el sujeto público y el agente del delito de cohecho activo. Son también actos concluyentes, tácitos o indirectos de aceptación del medio corruptor con orientación teleológica cuando el funcionario, sin mostrar aceptación expresa ante el ofrecimiento lleva a cabo, luego de él, contraprestaciones funcionales ilegales en la espera del donativo o ventaja, lo que lleva el inequívoco mensaje de pacto implícito corruptor.

La "aceptación" abre un espacio de reflexión acerca del sentido comunicativo del silencio o actitud omisiva adoptado por el sujeto público ante la propuesta de ofrecimiento o de entrega de medio corruptor para comprar prestaciones funcionales. Cuando el funcionario calla, es normal que se le recrimine *ex post* el no haber adoptado una enérgica respuesta de rechazo o denuncia. Sin embargo, la omisión a adoptar dicho comportamiento no es propia ni mínimamente una adhesión ni complacencia o admisión, esto es, no puede aún articular el verbo rector "aceptar", propio del tipo penal de cohecho pasivo, pudiendo sí configurar una conducta impropia o ilícito administrativo. Falta aquí el pacto de complacencia, que solo podrá ser inferido implícitamente si los actos ulteriores –sujetos a prueba– del sujeto público se materializan de conformidad a las pretensiones del otro agente de la relación bilateral, de no ocurrir ello, será atípica dicha omisión o silencio.

Recibir donativo es sinónimo de recepción física, de tomarlo, cogerlo. Implica asumir e incorporar voluntariamente el medio corruptor material en el patrimonio propio, lo cual supone un desplazamiento del dinero, bien o ventaja del que da al que recibe, mediante un acto de disposición por parte del que da[89]; acto de recibir que supone incorporar el donativo al patrimonio del funcionario/servidor y que puede producirse en un solo momento o en varios actos de recepción, al punto en esta segunda hipótesis de configurarse un delito de cohecho pasivo continuado. Sin embargo, el tipo no requiere poder de disposición patrimonial del funcionario o servidor, basta con que haya recibido el donativo, dádiva o presente. Es también coherente referirse a recibir ventajas o beneficios, con las particularidades que ello supone. En cuanto a la promesa, ella está en relación y se llena de contenido con el donativo y la ventaja, y supone la conformidad

(89) Al respecto, VALEIJE ÁLVAREZ: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 108.

que da el sujeto activo público a la misma[90]. En este punto se observa un espacio no suficientemente claro ni diferenciado con el ámbito interpretativo de la aceptación de promesa.

Tanto aceptar como recibir son comportamientos que han sido configurados por el legislador como acciones de realización directa, es decir, deberán ser ejecutadas y realizadas –por lo mismo, imputadas– por el sujeto obligado (vinculado con el bien jurídico), no siendo suficiente reducir la tipicidad del hecho a la acción de terceros que actúen a nombre del sujeto público en un esquema en el cual aquellos dominan el hecho, desvinculados del dominio decisivo o final del funcionario o servidor. Esta línea de interpretación se colige de la manera como la norma penal ha complementado el verbo rector «solicita», donde las circunstancias modales de realización «directa o indirectamente» no incluidas hubieran abierto el tipo a hipótesis más amplias que las que permiten las modalidades "acepta" o "recibe". Esta interpretación restrictiva obviamente trae implicancias con relación al papel de intermediarios que cumplen los *extraneus* en el delito de cohecho mediante aceptación o recepción, y en gran modo limita la tesis tradicional de infracción de deber, que prescinde del dominio del hecho del funcionario o servidor público para dar por consumado el ilícito penal de cohecho[91]. Parece que no se meditó suficientemente las consecuencias de interpretación que iba a traer esta forma de redacción del tipo penal, a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en el Código Penal español, donde los artículos 419 y 420, referidos al cohecho pasivo, extienden la forma directa e indirecta a todas las variantes de comportamiento *(solicitare o recibiere por sí o por persona interpuesta dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa)*.

Sin embargo, resulta razonable, de conformidad a la tesis de los delitos de infracción de deber, que dicha omisión de tipicidad sea salvada y entender, en el marco de la interpretación, que es posible argumentativamente invocar en el análisis del comportamiento típico del cohecho pasivo que este sea ejecutado por terceros distintos al sujeto obligado, siempre y cuando existan indicadores objetivos que permitan acreditarlo y vincularlo con los actos decisorios del funcionario/servidor.

Luego de que el sujeto activo acepta o recibe, en contraprestación ilícita puede como no realizar el acto que va en contra de la atribución o competencia funcional, acto que puede producirse inmediatamente, en el

(90) Para mayores precisiones sobre los conceptos donativo, promesa, ventaja y provecho véase *supra*, p. 36 y ss.

(91) Al respecto, véase *supra*, Tomo I, p. 223 y ss.

momento adecuado y oportuno, o en un futuro. Se trata, pues, de un aceptar o recibir para actuar inmediatamente, a continuación o posteriormente. El tipo penal no requiere, expresamente, como componente típico que exista un provecho para el sujeto que otorga o promete otorgar, pero igualmente es razonable inferir que nadie motiva, mediante mecanismo corruptor, a un funcionario/servidor para no favorecerse activa u omisivamente. Por lo demás, la naturaleza específica del fin perseguido por dicho sujeto se torna indiferente; puede tratarse efectivamente de buscar un beneficio-provecho personal u otro que favorezca o perjudique a terceros, como también el de perjudicar la imagen de la Administración Pública, demostrar el grado de venalidad del funcionario o servidor, afectar a terceras personas, simple afán de fruición, inducir a la comisión de un delito o incluso buscar por medios ilícitos algo justo.

El **tema del provecho de terceras personas** (medio corruptor que ingresa directamente al patrimonio de familiares, amigos allegados, personas enfermas –cohecho altruista–, otro sujeto público o entidad pública; o, en una segunda variante, que es el sujeto público quien entrega o cede el objeto patrimonial luego de haberlo recibido), conocido en la doctrina como el **cohecho transversal**, esto es, de aquellas personas distintas al funcionario o servidor público que se benefician con el donativo o la ventaja, es un marco de hipótesis no contemplado expresamente por la norma penal peruana, a diferencia de lo que pasa en otras figuras penales, por ejemplo, en el peculado (apropiación de caudales o efectos para sí o para otro), y de la forma como se regula en otras legislaciones (así, el caso del Código español, cuyo artículo 419 ha empleado la formulación amplia "en provecho propio o de tercero"), o en las diversas hipótesis legales de corrupción consentida que recoge el Código Penal alemán (artículos 331 al 334 del *Strafgesetzbuch*). Me parece en cierto modo aceptable la posición que asume Abanto siguiendo a la doctrina y jurisprudencia española[92], en el sentido de exigir en tal supuesto que ambos resulten beneficiados, tanto el tercero como el sujeto público indirectamente[93]. Interpretaciones matizadas aluden al hecho de que el sujeto funcionario o servidor tenga la posibilidad de disponer sobre la ventaja, esto es, ejerza dominio sobre ella o, en cambio, que haya que considerar como típicas ventajas y donativos altruistas que no van a beneficiar al sujeto activo *intraneus*[94]. El

(92) Ver una exposición detallada del tema con los pareceres de la doctrina alemana y española en Olaizola Nogales: *El delito de cohecho*, cit., p. 346 y ss.

(93) Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 444.

(94) Al respecto, Navarro Cardoso, Fernando, en *El cohecho en consideración al cargo o función*, cit., pp. 64 a 69, luego de evaluar ambas posiciones, llega a la conclusión, con base en la

cohecho transversal cubre igualmente las acciones de promoción o difusión "gratuita" que el agente corruptor hace de la actividad pública (por ejemplo, de programas sociales, campañas médicas) o resalta la imagen de la entidad pública en los canales o medios a su disposición; tema que, sin embargo, deberá ser escrutado y esclarecido con la debida objetividad para no incurrir en subjetividades o prejuiciamientos.

En realidad, el problema no es tanto si hubo un provecho compartido o si solo lo fue para el tercero lo que trajo consigo la acción típica del agente, sino el enfatizar el quiebre del valor "imparcialidad", que se produce por igual así la conducta beneficie directamente al sujeto público o a terceros, si esa fue –en este segundo caso– la regla de juego impuesta por el funcionario o servidor. En efecto, si el delito de aceptar o solicitar se consuma con la simple actividad descrita en el significado del verbo rector, si solicitar es igualmente un tipo formal, es irrelevante –con tal que ello se produzca– que el funcionario acepte o reciba para él o para tercero; relativizándose un poco esta interpretación para el caso del recibir. No obstante, considero que el desvalor del injusto disminuye notablemente cuando ese tercero es la propia entidad pública. La situación podría complicarse, en cambio, si el provecho del tercero tenga su origen en situaciones de coacción realizadas por el funcionario quien exige o acepta el donativo o la ventaja, lo que generaría un concurso con el delito de concusión.

Un matiz especial del cohecho transversal es el que se refiere a los funcionarios públicos que orientan el donativo o la ventaja recibidos a favor de organizaciones (privadas o públicas). Así, para el partido político en el que milita, para el club, la comisaría, la entidad religiosa o la asociación filantrópica, el hospital de su localidad. Aquí las motivaciones pueden ser incluso reputadas –en algunos supuestos– de «altruistas». En todos estos casos, como resulta obvio, se ha comprometido dolosamente la función o el servicio público, afectando la igualdad e imparcialidad de las prestaciones oficiales, al someter a precio el ejercicio del acto funcional o de servicio, al margen de que con ello no haya mejorado su situación económica o patrimonial el funcionario o servidor público e incluso haya mejorado en parte la de algún sector de la Administración. En todos los casos, y en línea general, al vulnerarse o ponerse en peligro el bien jurídico, habrá que

jurisprudencia del Tribunal Supremo, acerca de la atipicidad del hecho si el sujeto público no se beneficia de alguna forma material con la dádiva o la ventaja: la sentencia del Tribunal Supremo español N° 84/1996, del 5 de febrero, absolvió a una alcaldesa condenada que solicitó dinero a unos constructores para sufragar la compra de una banda de músicos para su localidad, a cambio de consentir irregularidades urbanísticas. El argumento del Tribunal Supremo enfatizó que la alcaldesa ni nadie de su entorno se benefició de dicho dinero, habiendo buscado solo beneficios para la cosa pública.

considerar configurado el cohecho, salvo que se pueda admitir errores de tipo invencible-vencible, o en su defecto de prohibición invencible en determinados supuestos. No resulta correcto, a mi entender, admitir la concurrencia de una causa de atipicidad, desde la lectura de que el funcionario no se habría beneficiado con el medio corruptor, sí en cambio adquiere mayor envergadura el criterio, puntual-específico, que la imparcialidad afectada lo habría sido en una tesitura meramente administrativa, temática que podría enervar efectivamente la tipicidad del hecho. Sí, en cambio, es perfectamente argumentable sostener un estado de necesidad justificante, en la medida que la conducta típica se haya orientado a superar serios problemas de necesidad de la persona o la entidad pública, lo que permite incluir en este mirador dogmático-jurídico los cohechos filantrópicos y los propiamente transversales que toman como beneficiado a la entidad pública.

Violación de las obligaciones del sujeto especial. Violar es sinónimo de infringir, quebrantar, quebrar el deber o compromiso. Violación de obligaciones es, así, la transgresión, el quebrantamiento de deberes normativizados de parte del funcionario o servidor púbico, de variada naturaleza: constitucional (para los casos del alto funcionariado), legal-reglamentario, esto es, marcos pautados de menor a mayor especificidad del comportamiento funcional (para la absoluta mayoría de sujetos públicos) que se encuentran en leyes orgánicas-ordinarias-reglamentos-circulares que regulan y establecen los actos de competencia, así como la intervención en procedimientos de actuación funcional del sujeto activo especial, en sentido interno y externo. En efecto, la violación de obligaciones que van a adquirir relevancia penal puede producirse tanto al interior de las instituciones de la Administración Pública, comprometiendo al personal, como en conexión con los destinatarios de la función o servicio, lo que define un contexto de externalidad a la Administración, pero vinculada a los fines de la misma. Esta violación puede, como no, efectivizarse en su sentido de resultado material sin que por esto deje de producirse el ilícito penal[95].

Las obligaciones que viola el sujeto público necesariamente deberán estar relacionadas a los actos de competencia del cargo o empleo o a las derivadas del cargo o función que ostenta o posea, o que por vía legal o administrativa le han sido delegadas, a fin de diferenciar entre delitos de infracción de deber de las usurpaciones o tráfico de influencias. La **jurisprudencia del Tribunal Supremo español**, en una importante sentencia de casación, ha considerado que si la conducta del funcionario no guarda relación con el cargo, sería más o menos censurable en el orden moral, o

(95) Véase Olaizola: *El delito de cohecho*, cit., p. 270 y ss.

daría lugar a otra clase de delito, pero no sería cohecho (STS N° 709/1994, del 28/03), pero igualmente ha interpretado precisando que "los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario público, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado" (STS N° 186/2012, 14/03).

Existe en la jurisprudencia de la Corte Suprema una particular línea de interpretación acerca de si dichas obligaciones pueden hallarse por fuera de estos marcadores de formalidad del cargo tanto en sentido estricto como amplio, para aceptar, por ejemplo, las que derivan de órdenes verbales o autoasunciones discrecionales. Al respecto, el Acuerdo Plenario N° 1-2010, al establecer criterios interpretativos sobre la prescripción agravada para sujetos públicos que cometen delitos funcionariales contra el patrimonio del Estado, incorporó **el argumento de la orden administrativa, a la que redujo a nivel de una disposición verbal,** como validador de la relación funcional, en tanto suficiente para transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. Si bien esta amplísima y muy discutible fuente de atribución está pensada para los delitos de peculado, tiene la particularidad de hacer de la "disposición verbal" –de imprecisa configuración probatoria– un título generador de obligaciones funcionariales, que puede fácilmente ser extendida a otros delitos de infracción de deber. En este punto, dicho acuerdo ha considerado, incluso, que "una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a dispositivos comunes". La "disposición verbal" con capacidad para transferir o delegar competencias, que si bien es aceptado en sectores de la doctrina (véase por todos PAGLIARO, quien habla de las "instrucciones del funcionario jefe" (*istruzioni del capo del l'ufficio*) y que incluso alude a la *consuetudine* o costumbre, *Principi di Diritto Penale*, cit., p. 189.); sin embargo, abre un polémico escenario de vinculación funcional caracterizado no solo por su difícil probanza y frecuente instrumentalización en perjuicio de los sujetos públicos vulnerables, sino porque innecesariamente complejiza el marco de interpretación de los delitos de infracción de deber, ya que –en sistemas precarios de funcionariado como el nacional– se tendría que establecer parámetros o límites para su configuración: orden verbal dictada por funcionario competente,

orden formalizada en acto inmediato subsiguiente a fin de evitar arbitrariedades, orden que no suponga actos de ilicitud, etc.

La especial configuración de la frase *«para realizar u omitir»* que contiene la norma peruana de cohecho pasivo antecedente no condiciona la consumación del delito a que necesaria y efectivamente el funcionario o servidor público, además de haber violado sus deberes generales de garante al aceptar, recibir y también solicitar donativo o promesa, tenga necesariamente que cumplir con la contraprestación de violar sus obligaciones específicas; como tampoco *–a contrario sensu–* la reduce a la sola aceptación-recepción del mecanismo corruptor, si es que ella no está asociada con probables o reales actos que van a comprometer o vincular a la función o servicio, es decir, a la Administración Pública en tanto bien jurídico. El uso de la preposición *«para»* cumple así una doble función, consistente en mostrar al intérprete que el momento de la consumación no se halla, en una perspectiva reduccionista, en la sola conducta de aceptación-recepción, pero tampoco, en una óptica extensivo-objetivista, en la necesidad de la efectivización de la contraprestación, sino en la existencia de la vinculación de destino que correlacione el mecanismo corruptor con la probabilística contraprestación a desarrollar por el sujeto público. Por lo tanto, ni la sola aceptación-recepción, ni tampoco la sola presencia del mecanismo corruptor, son suficientes para consumar el delito; como tampoco este se produce solo si acontece la contraprestación. Tal vinculación de destino, que tiene que demostrar necesariamente el fiscal y verificar el juez, constituye una restricción a favor del imputado y una condición de tipicidad objetivo-teleológica que poseen los tipos de cohecho pasivo y corrupción activa en la legislación penal peruana(96).

Es fútil establecer relaciones de proporcionalidad entre lo aceptado o recibido (válido también para lo recibido) y la realización del acto funcional; como señala CREUS, lo que interesa es que el donativo o ventaja «constituya el precio» de la actividad o inactividad del funcionario o servidor(97), no en su cuantía económica, sino en sus implicancias de venalidad y corrupción. Sin embargo, no debe pasar por alto el juez la idoneidad del mecanismo corruptor, para no caer en extremos maximalistas de

(96) Al respecto, con una lectura del cohecho pasivo propio como un delito de tendencia interna trascendente, tomando el elemento finalístico "para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones", véase REAÑO PESCHIERA, José Leandro: "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos", en *Ius et Veritas*, Año XII, N° 23, Lima, 2001, p. 288.

(97) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 281.

reprimir como actos de corrupción la aceptación-recepción de dádivas intrascendentes (por ejemplo, la entrega de un cigarrillo o una manzana)[98].

Asimismo, no importa para los fines de la sanción penal si el sujeto activo especial cumplió o no la realización del acto quebrantador, por razones propias a él o por circunstancias externas, basta que haya aceptado o recibido el medio corruptor; el núcleo del injusto penal, el centro de gravitación del cohecho pasivo propio radica no tanto en la contraprestación ilícita del sujeto público como sí en el quiebre de su integridad, en la transgresión a los dictados de la función o servicio.

a.1) Variante del primer supuesto delictivo: aceptar o recibir donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para omitir un acto en violación de sus obligaciones

La finalidad buscada a través del donativo, promesa de donativo o cualquier ventaja es, a diferencia del supuesto anterior, la no realización de los actos funcionales, el rehusamiento, el retardo o también la realización de actos distintos a los debidos. Como ya se ha indicado en líneas anteriores, la omisión penalmente relevante no solo se reduce a la inacción o inactividad, es también omisión el hacer algo opuesto o distinto a lo debido, lo cual tiene los mismos efectos que la omisión simple, consistente en no hacer.

La omisión del acto tiene que estar circunscrita al ámbito de competencia del funcionario o servidor, es decir, tratarse de actos que él esté obligado a realizar o cumplir[99]. En consecuencia, si omite actos que no se hallan en el campo de su competencia, el hecho será atípico de cohecho pasivo propio por omisión.

a.2) Segunda variante del primer supuesto delictivo: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio a consecuencia de haber faltado el funcionario/servidor público a sus obligaciones

El funcionario o servidor público ha practicado (realizado u omitido), ya antes de recibir el medio corruptor, determinados actos de su función

(98) Miguel Díaz y García Conlledo ("El delito de cohecho", en Asúa Batarrita: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 163), en la misma idea sobre este punto, en tanto la norma penal no señala cuantía alguna de la dádiva, indica que habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad objetiva de corromper, atendiendo a las circunstancias del caso, excluyendo del delito los supuestos de dádivas claramente insignificantes.

(99) Así, en la ejecutoria suprema del 1 de octubre de 1997, Exp. N° 5730-96-Callao, el caso de los policías que aceptaron la entrega de una videograbadora para no llevar a la delegación a los procesados que previamente habían fracturado la puerta metálica de un local comercial del cual sustrajeron 3 videograbadoras.

o cargo, que han implicado quebrantamiento ("faltamiento") a sus deberes funcionales o de servicio. Estamos así frente al ***cohecho pasivo propio subsiguiente, ulterior o subsecuente***, en el que el medio corruptor (donativo o ventaja) se materializa y llega al funcionario o servidor público como consecuencia de actos desarrollados por él con antelación(100). No hay aquí solicitud previa formulada por dicho sujeto especial ni tampoco pacto o convenio ilícito.

En este supuesto delictivo, el legislador peruano de 1991 empleó el término *«deberes»* y no *«obligaciones»* al que hacía referencia el Código de 1924. En la presentación actual del tipo penal de cohecho pasivo propio, después de la reforma de 2004, se emplea la frase «a consecuencia de haber faltado a ellas», con lo que se está haciendo referencia a las obligaciones del funcionario o servidor. Ello hace ya innecesarias las interrogantes formuladas en la tercera edición de este libro, que tenían por finalidad dotarle de sentido interpretativo al uso de la palabra «deberes» en el marco adecuado de una semántica y teleología jurídico-penal. No obstante ello, para fines de interpretación evolutiva, dejo los siguientes párrafos tal y como fueron redactados a fin de que el lector aprecie las argumentaciones dadas respecto a una deficiencia de la norma anterior.

a) *«Haber faltado a sus deberes»* supone obviamente un comportamiento previo, pero ¿tiene el mismo significado que violar sus obligaciones?

b) Más precisamente, ¿tienen equiparidad de significados los términos «obligaciones» y «deberes» usados por nuestro legislador penal?

c) ¿Hay que acudir a un sentido interpretativo amplio para definir el contenido y los alcances de la palabra «deberes» o necesariamente hay que restringirlo a los que surgen del cargo, función o empleo? ¿Pero en esta segunda hipótesis acaso no se torna innecesario el uso de un término impreciso como «deberes», habiendo bastado entonces la palabra «obligaciones»?

d) ¿Existe algún modelo extranjero que emplee idéntica duplicidad de sinónimos relativos?

(100) Al respecto, la ejecutoria suprema del 21 de enero de 2000 (Primera Sala Transitoria), Exp. N° 4523-99-Lima, en la cual la imputación por cohecho fue descrita como la recepción de dinero hecha por el secretario de juzgado como pago por actos realizados (véase *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 4, julio, Lima, 2000, p. 437).

En *primer lugar*, debe quedar claro que la fórmula de cohecho pasivo propio del Código de 1991 generó, con el uso inapropiado del término *«deberes»*, innecesarias dificultades de interpretación. En *segundo lugar*, no existe en el contexto de las legislaciones penales comparadas un ejemplo similar de uso cruzado de las palabras obligaciones-deberes; siendo otro de los desatinos en los que a veces incurren quienes redactan las normas penales en el país. En *tercer lugar*, el artículo 349 del Código de 1924, que es la fuente directa del artículo 393 vigente, se refería a un único término (obligaciones) y donde para evitar la repetición pleonástica acudió a la frase «a consecuencia de haber faltado a ellas»; lo que resulta perfectamente aceptable, pues no altera el sentido del tipo penal. En *cuarto lugar*, no es objeto del cohecho pasivo reprimir «deberes», desligados de su contexto normativo-funcional, referidos a ámbitos de referencia administrativa, pues correríamos el riesgo de tener un tipo penal abierto y poroso sin límites de taxatividad. El deber es un vocablo genérico y de textura moral-social, a diferencia de «obligaciones», que presupone un marco pautado de roles a cumplir. En *quinto lugar*, la aplicación de interpretación extensiva que amerita la palabra «deberes» para delimitar el contenido y alcances del «faltamiento» colisiona con el principio de taxatividad y sentido finalístico de la norma penal. Por lo mismo, y no obstante la decisión técnico-legislativa desacertada del legislador peruano, *«haber faltado a sus deberes»* tiene equiparidad de significado con *«haber faltado a sus obligaciones»*, pues en definitiva el cohecho es un comportamiento típicamente relevante que se autorreferencia en el cargo, función o empleo, y, por lo mismo, en deberes que nacen de tales fuentes y no en deberes desligados de tal contexto jurídico-normativo, menos aún en deberes de exclusiva raigambre ética. La diferencia etimológica entre violar obligaciones y faltar a sus deberes se torna así deleznable. El uso de la expresión "faltado" es inadecuado en el marco punitivo del artículo 393, más aún si, como observamos en los subsiguientes artículos del Código referidos al cohecho, solo se empleará el término obligaciones. Como precisa PAGLIARO, este faltamiento a los deberes del cargo o función puede ser genérico (de fidelidad, obediencia, secreto, imparcialidad, vigilancia, etc.) o específico (relacionado al tratamiento de un específico asunto o cuestión)[101]. Pueden faltar a sus deberes todas las clases y niveles de funcionarios y servidores públicos. El ámbito o irradiación del deber incluye tanto a lo reglado como a lo discrecional.

No todos los Códigos Penales contemplan esta modalidad de cohecho que no requiere de concierto previo expreso, pero que, sin embargo, sí necesita que el sujeto activo especial quebrante o viole sus deberes normativos

(101) PAGLIARO: *Principi di Diritto Penale. PE*, cit., p. 194.

funcionales o de empleo en el desempeño de sus funciones o atribuciones. Es ese quebrantamiento real probatoriamente verificable el que le permite argumentativamente al sujeto público exigir *post facto* una retribución, sin que ello necesariamente haya sido de conocimiento por quien dará ulteriormente. La posibilidad de que el funcionario simule ante el destinatario que incumplió sus obligaciones para requerir el donativo es una hipótesis de posible realización, la que, sin embargo, resulta de dudosa factura para articular un cohecho pasivo antecedente, dada la exigencia hecha por el tipo penal. En efecto, el sujeto público ha actuado, en tal hipótesis, de conformidad a su marco de atribuciones, sin quebrantamientos comisivos u omisivos. Igualmente, cuando sin dolo, pero sí culposamente genera faltamientos normativos sin esperar o tener expectativas futuras de retribución o ventajas, pero, sin embargo, ulteriormente acepta o solicita mecanismo corruptor, el escenario fáctico normativo podrá generar un acto de corrupción administrativa.

El cohecho **pasivo subsecuente**, de por sí debatible, ha sido pensado político-criminalmente como una vía de cierre al funcionario/servidor inescrupuloso, delimitando comportamientos que suelen ocurrir con cierta frecuencia. El sujeto público quebranta sus obligaciones sin preexistencia de medio corruptor albergando expectativas futuras de ser recompensado ulteriormente, activando en su momento las vías o conductas consignadas en el tipo penal: acepta, recibe, solicita. En este debatible supuesto de cohecho subsecuente, el servidor o funcionario debe encontrase dotado de la calidad funcional. En el caso de que haya cesado en el cargo o funciones y reciba donativo o ventaja por actos precedentes que supusieron violación de sus obligaciones, el tema se torna muy debatible, pese a mantenerse el vínculo de causalidad de lo recibido con el acto violatorio practicado durante la vigencia del cargo público.

Si bien el tipo penal ha sido construido sin la exigencia de pacto previo, en la práctica será frecuente que los operadores jurídicos hagan depender la configuración del delito de algún acuerdo que, sin bien no acreditado, es el que le daría consistencia a la recepción futura del donativo, ventaja o beneficio, entregado en calidad de "recompensa" o premio, no propiamente en su naturaleza de motivador de voluntad. Es muy forzado considerar aquí la promesa. Resulta difícil admitir, en grado de generalización, la hipótesis de que los funcionarios premeditan y realizan faltamientos a sus deberes esperando (implícitamente) recibir subsiguientemente una vez cumplidos sus actos funcionales –con infracción de sus obligaciones– algún donativo o ventaja; situación que pondría en evidencia un absoluto relajamiento de las prácticas funcionales y de servicio púbico, al punto de una corrupción generalizada. Sin embargo, situaciones excepcionales no

son del todo irreales y, por lo mismo, podrían acontecer. Queda claro que la naturaleza del cohecho subsecuente no registra una vinculación entre donativo/ventaja/beneficio como motivadores previos para las prestaciones funcionales o de servicio y que esta últimas se llevan a cabo por decisión propia del funcionario o servidor.

Es importante, igualmente, advertir que en la primera modalidad de cohecho pasivo propio del artículo 393 –que se aprecia también en la variante que tiene como verbo rector al "solicitar" y se localiza igualmente en el cohecho pasivo impropio del artículo 394– el legislador ha hecho uso solo del verbo declinado "acepta" y no del verbo "reciba", que por la circunstancia modal del delito hay que considerar que constituye una aceptación-recepción, no solo una complacencia verbal. "Acepta" deviene así en una conducta contextualizada en la lógica de un comportamiento originado en el usuario o interesado en el acto funcional llevado ya a cabo por el sujeto público. No es en rigor un pedido. Sin embargo, esta conducta del tercero no está criminalizada como tal en los tipos penales 397 o 398, referidos a los delitos de corrupción activa, tampoco en el artículo 398-A de corrupción activa policial.

Como se ha indicado en párrafos precedentes, el cohecho pasivo subsecuente(102) tendría problemas de legalidad, en la medida que faltaría una real puesta en peligro del bien jurídico protegido por entregas o aceptaciones ulteriores de medio corruptor que no ha sido utilizado para pretender la toma de decisión o resolución o acto funcional, al no afectar ello el principio de imparcialidad.

El cohecho subsiguiente está contemplado también en los Códigos Penales alemán y español. Este último, después de regular el cohecho pasivo propio (artículo 419) y la figura de cohecho pasivo impropio (artículo 420), indica en el artículo 421: "Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita". Al respecto, en la doctrina española, García Arroyo, aceptando que en el cohecho subsiguiente falta una relación motivacional entre el donativo y la acción funcional, señala lo siguiente: "En definitiva, entendemos que la estructura típica del delito contenido en el artículo 421 CP no se corresponde con la que previamente hemos sostenido respecto de la corrupción, lo que, como veremos más adelante, nos lleva a cuestionarnos la legitimidad de esta figura delictiva

(102) Véase *supra*, p. 33 e *infra* p. 121.

por su inexistente capacidad de afectar los intereses individuales y supraindividuales que fueran objeto de tutela y protección penal"[103].

La ejecutoria del 4 de mayo de 2009, R. N. N° 05-02-2008-Lima, Primera Sala Penal Transitoria, decidió un caso de cohecho pasivo (impropio) subsecuente en el que se absolvió a determinados procesados, sin ahondar la problemática de la vinculación/desvinculación del medio corruptor que ella contiene.

2. Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas

El legislador ha independizado en un subtipo aparte la acción de solicitar, que en la redacción original iba junto a la de «recibir». El fundamento de esta decisión radica en la idea de que representa mayor desvalor de acción un comportamiento que involucra activamente la voluntad delictiva del sujeto público que la simple conducta pasiva de aceptar o recibir. Resulta en esta perspectiva más dañino para las valoraciones sociales y más lesivo al bien jurídico protegido el hecho de que un funcionario se atreva a requerir donativo, ventaja o beneficio, tome la iniciativa, al implicar ello un compromiso mayor en el quebrantamiento de los roles especiales del agente, sin llegar a constituir un forzamiento, lo que amerita el trato punitivo superior con relación a las simples conductas pasivas señaladas. Este sustento puede ser objeto de cuestionamiento si se pone la atención en el dato de que la solicitud es una conducta de anticipación de las barreras punitivas, a diferencia del recibir, donde se concreta un resultado material de lesividad, lo que implicaría un tratamiento punitivo distinto al ya regulado con la reforma de 2004.

El cohecho mediante solicitud constituye un delito de peligro y de simple actividad, en el que la política criminal, mediante la presente redacción legislativa, anticipa la tutela penal, sin que dicha anticipación pueda ser considerada un caso de tentativa, pues el ilícito está completo o consumado con la solicitud idónea y suficientemente cargada de exigencias corruptoras dirigidas a una tercera persona, generalmente un particular. Como sucede con todo cohecho pasivo propio, la conducta o comportamiento típico es generado exclusivamente por acción del sujeto público,

(103) García Arroyo, Cristina: *El delito de cohecho subsiguiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 172.

solo en él se ubica la fuente de ilicitud de esta variedad de delito, no siendo, por lo tanto, penalmente relevante que el destinatario de la solicitud acepte o rechace la solicitud.

Merece poner atención en la circunstancia que la solicitud de donativo u otro medio corruptor (ventaja, beneficio) que le dirige el sujeto público a un tercero específico individualizado, no debe suponer una coacción o forzamiento de la voluntad de este, pues con ello se desnaturaliza los alcances del tipo penal, configurando más bien ello una concusión[104] o, de acuerdo a las características concretas que rodean al caso, extorsión. La solicitud, por lo tanto, para ser típica de cohecho pasivo debe dejar intacta la opción de negarse que tiene el destinatario ante el requerimiento formulado. Basta entonces que la petición llegue a su conocimiento en términos de que es la propuesta dolosa que el sujeto público le dirige como regla de juego o línea de comportamiento frente a un asunto que forma parte de su competencia o atribuciones. El tiempo en que la solicitud llegue a conocimiento del destinatario, aceptando la hipótesis de espaciamiento temporal o espacial, según el caso, posibilita habilitar la hipótesis de un *iter criminis* previo a la consumación, esto es, actos de tentativa. Tema que puede ser debatible.

Resulta así notoria la venalidad de agente que, transgrediendo sus deberes funcionales, somete a precio sus prestaciones funcionales afectando de dicho modo el principio de imparcialidad. La conducta u opción que adopte el destinatario que toma conocimiento de la propuesta es indiferente para articular tipicidad objetiva. Se ha discutido en la doctrina española, desde la tesis alemana que ve en la confianza ciudadana en la Administración Pública el bien jurídico protegido, **el tema de si el destinatario debe haber captado** (internalizado o comprendido) **la relación entre la solicitud y el acto oficial que llevaría u omitiría el sujeto público** o basta la simple solicitud. Dos posiciones, las que describe Olaizola Nogales en su monografía dedicada al estudio del cohecho, al respecto capitalizan el debate: a) no resulta exigible dicho entendimiento por el particular al que le llega la solicitud, basta que esta sea reconocible objetivamente como solicitud (posición mayoritaria), sin que necesariamente en el caso concreto sea objeto de comprensión por parte del potencial dador de la dádiva; b) es necesario que el destinatario comprenda, en términos concretos,

(104) Así, la ejecutoria suprema de fecha 24/10/1997, Exp. N° 660-97-Lambayeque. Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 476: el hecho de haber los efectivos policiales intimidado al agraviado y a sus familiares, solicitándole dinero a cambio de archivar la denuncia por delitos de receptación, acredita la materialización de los delitos de concusión y corrupción de funcionarios.

la petición que le formula el agente (posición minoritaria)[105], puesto que solo en ese momento es cuando se lesiona la confianza del destinatario en la objetividad e imparcialidad de la Administración.

Asimismo, es de importancia por sus implicancias para la racionalización de la interpretación detenernos **en el rol del hombre de destino**, aquel a quien le ha sido dirigida la solicitud de donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio. Las opciones de interpretación trabajan con varias variables: a) no toma conocimiento de la solicitud, por razones diversas, ello tendrá como consecuencia que no se pueda articular la acción con la orientación final de la conducta, haciendo insuficiente la tipicidad del cohecho, admitiéndose en una posición extrema, por cierto debatible, un supuesto de tentativa; b) toma conocimiento asumiendo una actitud de negativa a los requerimientos del sujeto público, el delito se habrá consumado pese a que no se entabló acuerdo; el rol del *extraneus* es de conformidad a derecho; c) por temor se aviene a entregar o prometer el medio corrupto; el delito ya se ha consumado con la solicitud, no queda duda de que criminalizar este comportamiento del *extraneus* sería un despropósito, pues resulta una víctima de las pretensiones ilícitas del sujeto público infractor; cabe analizar aquí un concurso con el delito de concusión, al ingresar en el análisis el *metus publicae potestais* o temor al poder de la Administración Pública, que asimila la tesis del sometimiento del *extraneus*; d) acepta la solicitud y se aviene a entregar u ofrecer mecanismo corruptor, el delito ya se ha consumado con antelación con la solicitud.

Toca aquí establecer si adquiere relevancia penal el comportamiento asumido por el particular o *extraneus*; son dos las posiciones principales al respecto: a) debe quedar impune, b) puede ser comprendido como cómplice del delito[106]. La primera posición parte del argumento de que si ya se consumó el delito, no podría reprimirse al particular que acepta, promete o entrega el medio corruptor, su comportamiento debe ser impune. La segunda posición recoge el criterio de las contribuciones de ambos sujetos (el público y el particular) a la lesión del bien jurídico. La dificultad en este punto es el título de imputación valedero, ya que no se trata de que el particular haya cometido un cohecho activo, pues la acción típica es de dominio o control final del funcionario o servidor, tampoco podría ser considerado coautor dada las imposibilidades de infringir deberes de función o servicio, igualmente se advierte problemas si la imputación es

(105) Al respecto, Olaizola Nogales: *El delito de cohecho*, cit., p. 232.

(106) Véase esta posición, entre otros, en Rodríguez Puerta, José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi Editorial, p. 175.

a título de complicidad, pues habría decidido la consumación y ello no es propiamente característica de la participación.

3. Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja

Esta modalidad de cohecho fue incorporada expresamente por la Ley N° 28355, teniendo como base la serie de comportamientos practicados por determinados funcionarios, básicamente del medio judicial, cuyo comportamiento rebasaba el alcance significativo o literal posible de la solicitud y que no eran adecuadamente subsumidos por la concusión en concurso con el cohecho; comportamiento que consiste en entronizar en la representación mental del litigante o persona que tenía un caso en la Administración Pública la idea de que la solución o avance del proceso estaba supeditado a la entrega del donativo o ventaja, o a su promesa de entrega (donativo) o concesión (ventaja). No es ya la simple solicitud o exigencia de medio corruptor, sino que el dolo del agente público hace uso de un reforzante subjetivo que, comunicado al interesado, condiciona el acto funcional o de servicio. Asunto de por sí excepcionalmente desvalorado e insoportable en el marco del ejercicio de la función pública, dada la serie de deberes y obligaciones que posee el sujeto público para con la Administración Pública como con relación a los usuarios del servicio o función.

Condicionar, en tanto forma de coacción, es hacer depender caprichosa y patrimonialmente de la voluntad del funcionario o servidor público el desarrollo del acto funcional o de servicio al cual está obligado por razón de su cargo o empleo el sujeto público, lo cual adquiere ribetes de una tergiversación y desnaturalización inadmisible de la orientación neutral, objetiva e imparcial de la Administración Pública y de las atribuciones del cargo. Esto explica el nivel de mayor injusto del hecho y el grado más severo de la pena conminada.

Mediante el condicionamiento se presenta una situación objetiva y subjetiva evidente de subordinación de los intereses públicos a los objetivos ilícitos personales del sujeto público. Las condiciones que fija o establece el agente para cumplir con sus funciones constriñen la voluntad del afectado colocándole en una situación disminuida y de coacción que el Derecho Penal no puede tolerar. No se trata de una violencia física, pero sí es un constreñimiento explícito de la voluntad del afectado.

En esta modalidad de cohecho pasivo propio, la norma penal ha restringido los medios corruptores al donativo y la ventaja, circunscribiendo formalmente la conducta típica de condicionamiento a la acción comisiva,

lo cual rebasa los límites significativos de la aceptación, sin que ello signifique que las acciones de solicitud, aceptación o recepción del donativo o ventaja sean superfluas, ya que este condicionamiento tiene necesariamente que ser reconducido por alguno de dichos comportamientos a fin de poder concretarse. Sin embargo, la concreción del donativo o la promesa no consuman el tipo penal, pues este se perfecciona con el simple acto de condicionar o hacer depender la función o el acto de servicio de la entrega o promesa de donativo o ventaja para el funcionario o servidor.

Deberá entenderse que no se trata solo de que el agente viole las obligaciones regladas de su cargo, sino que las somete en forma abierta y desembozada a precio, de modo que si el afectado cumple con la condición puesta, el funcionario o servidor ejercerá recién sus deberes funcionales o de servicio. Se aprecia de este modo que el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones nacidas del cargo o, en general, del ámbito de competencia reglado ha sido sometido a condición suspensiva dolosa por el agente, con lo cual no estamos en propiedad, únicamente, en el ámbito de un cohecho pasivo propio o impropio, sino en un evidente e insoportable supuesto de abuso de poder-autoridad con finalidad patrimonial o, si se quiere, en un caso de extorsión llevada a cabo por sujeto público.

V. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal de cohecho pasivo propio en todas sus modalidades de comportamiento ilícito es necesariamente doloso. El dolo supone que el funcionario o servidor interviene actuando u omitiendo un acto oficial en violación de las obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa o ventaja, con voluntad y conciencia. Es suficiente el dolo eventual en las conductas estrictamente pasivas (modalidades de recibir o aceptar); requiere dolo directo en las modalidades solicitar y condicionar.

El dolo supone que el funcionario o servidor público conozca los elementos del tipo en juego, esto es, que está aceptando o recibiendo de un tercero un medio corruptor que se orienta a lograr de él prestaciones de función o servicio, de modo que el dolo cubre tanto el comportamiento del sujeto público como la procedencia del medio corruptor, no así la voluntad de cumplir con la contraprestación. La ignorancia acerca de los motivos que explican la presencia del donativo o la promesa, o la ligereza en aceptar donativos sobre los cuales se desconoce su finalidad corruptora abonará hipótesis de atipicidad subjetiva, pues en dicho supuesto calificarlo de cohecho pasivo supondría abrir desmesuradamente la tipicidad, pasando por alto que el caso puede mejor sustanciarse en vía administrativa que la

penal, por naturaleza fragmentaria. Caben asimismo otras situaciones de error de tipo[107].

Las modalidades de cohecho caracterizadas por la solicitud y el condicionamiento son de dolo directo, pues las características propias de la acción y los reforzantes de la voluntad delictiva no posibilitan que se puedan configurar con dolo eventual.

VI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma en forma distinta dependiendo de la específica modalidad de cohecho pasivo de que se trate.

En el primer supuesto de hecho delictivo: aceptar donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar un acto u omisión en violación de obligaciones, la consumación se produce con la complacencia que pone de manifiesto el sujeto público, es así un tipo penal de simple actividad y de peligro para el bien jurídico. La aceptación de la promesa, el simple pacto o concurso de voluntades (el *pactum sceleris*) perfecciona la figura penal. Con la modalidad de cohecho antecedente no existen problemas de interpretación, donde sí se aprecia una notable dificultad es en el cohecho pasivo consecuente o subsecuente, pues el legislador ha seguido empleando el verbo «aceptar» para configurar el verbo rector, con lo cual habría que interpretar que aceptar es admitir el ofrecimiento, lo cual constituye un despropósito, ya que estamos ante una variante en la cual el sujeto público ya ha violado sus obligaciones, supuesto en el cual la aceptación no es el verbo rector adecuado para dar cuenta de dicha acción, sino el «recibir», salvo que para esta sola hipótesis haya que darle significado de recepción a la aceptación. Si ya la modalidad de cohecho pasivo subsecuente es de por sí polémica y de difícil configuración, mayor es la dificultad que se presenta para admitir la hipótesis del cohecho pasivo subsecuente mediante aceptación de promesa.

En el supuesto que tiene a la recepción (recibe) como acción configuradora de la conducta típica, a diferencia de lo que acontece con la aceptación, se está frente a un tipo de resultado, pues se hace necesaria aquí la entrega y toma del donativo o de la concesión de la ventaja otorgada o puesta en juego por el *extraneus*.

(107) Al respecto, véase Valeije Álvarez: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 111.

En las dos modalidades aludidas (acepta y recibe) se ha afectado la imparcialidad de la Administración Pública y el principio de igualdad.

La variante de cohecho pasivo propio que se configura mediante el verbo rector "solicitar" donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio para realizar un acto u omisión en violación de obligaciones, o a consecuencia de haber faltado a ellas, es de simple actividad, importando, por lo mismo, una puesta en peligro para el bien jurídico. El delito se consuma con la ejecución del acto de solicitar, no importando la complacencia (concurso de voluntades) o negativa del destinatario de la solicitud, bastando que esta llegue a su destino, esto es, a conocimiento del destinatario. Se trata así de una variante de cohecho pasivo propio que pone en peligro el bien jurídico "imparcialidad" en el desarrollo de las funciones y servicios públicos.

En todos estos casos deberá verificarse necesariamente el componente final o teleológico de destino contenido en el tipo penal.

El cohecho pasivo mediante condicionamiento es igualmente un delito de simple actividad.

Como es notorio observar, estamos ante una figura penal de gran complejidad por la diversidad de modalidades delictivas contenidas en su redacción típica que combinan comportamientos pasivos, activos y omisivos, de actividad-peligro y de resultado, así como modalidades de concurrencia perfecta e imperfecta.

La variedad de formas de tentativa, por lo menos la inacabada, es posible en los supuestos que requieren un resultado, siendo verificable sin mayores problemas el desistimiento voluntario. Por regla general, es difícil que se presente la tentativa en los cohechos pasivos propios de simple actividad (se agotan en el acto ejecutivo de aceptar y en el de solicitar); teóricamente cabe admitirla si el acto resulta fragmentable en tiempo y espacio (tratativas, aprestamientos con espaciamiento temporal hasta que llegue a conocimiento del destinatario para la variedad "solicitud"), pero su relevancia a nivel de injusto penal será mínima o, como dice Morales Prats, «no alcanza el mínimo de ofensividad para el bien jurídico que reclama la tentativa»[108]. Posición que igualmente suscribe Olaizola Nogales, quien, luego de considerar a los actos de tentativa de cohecho como comportamientos que mantienen lejanía con relación al bien jurídico protegido, concluye que dichos actos no tienen el suficiente desvalor para ser

(108) Morales Prats, en Quintero Olivares y otros: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1204.

castigados en virtud del principio de fragmentariedad del Derecho Penal, ni suponen un ataque al bien jurídico lo suficientemente grave para ser considerados penalmente relevantes[109]. Tiene posición diferente VALEIJE ÁLVAREZ, quien, entre otros penalistas españoles, admite la tentativa en los delitos de simple actividad[110].

En el caso específico de la solicitud no efectuada directamente, sino mediante intermediarios que aún no llega a conocimiento del destinatario o que por la propia naturaleza del hecho requiera de un espaciamiento espacial-temporal para su conocimiento, es posible la admisión de supuestos de tentativa, al presentarse un fraccionamiento de actos. Los actos preparatorios de cohecho pasivo son irrelevantes penalmente, pues no ingresan a la esfera de la ejecución, además de presentar evidentes equivocidades.

Cabe indicar, finalmente, que no cualquier medio corruptor es típico para consumar el delito, deberá tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. En efecto, quedan descartados los bienes u objetos de valor insignificante y los presentes afectivos (retratos, flores, prendas de escaso valor, etc.), así como los donativos sin relación de causalidad con los actos de función o servicio, esto es, actos de prodigalidad de los oferentes que no mueven ni motivan la voluntad decisional del funcionario/servidor público o se hallan al margen del interactuar jurídico-penal, o las solicitudes desprovistas de seriedad y direccionalidad o genéricas, sin perjuicio de su relevancia administrativo-disciplinaria. No habrá delito si no hay mecanismo corruptor, los actos funcionales que incumplen obligaciones, activa u omisivamente, con base en motivaciones distintas tales como ruegos o súplicas, por odio o simpatías[111], amor o compasión, venganzas o adherencias políticas, religiosa o ideológicas, que no resulten abarcables por la ventaja o beneficio son inidóneas para definir mecanismo corruptor y, por lo mismo, delito de cohecho.

El supuesto de hecho que contiene la figura de cambio de partido o agrupación política, que puede producirse al inicio como ulteriormente al ejercicio de funciones, incluso antes de dicho ejercicio (una vez que ha sido electo), por parte del congresista en ejercicio, denominado **transfuguismo político** (puede hablarse igualmente de tránsfugas a nivel de gobiernos locales o regionales), el mismo que admite diversas motivaciones (conflictos de conciencia con los dictados o decisiones del partido o grupo, apartamiento de la línea programática del grupo, cambios personales de

(109) OLAIZOLA: *El delito de cohecho*, cit., p. 406.

(110) VALEIJE ÁLVAREZ, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción*, cit., p. 99.

(111) CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal Parte especial I*, Barcelona, Bosch, 1936, p. 362.

ideología, motivaciones religiosas, disconformidad con la disciplina impuesta, convocatorias a puestos en el Gobierno siendo el grupo o partido opositor al mismo, mejores opciones políticas personales, entre otras), las que no constituyen en sí actos relevantes que puedan merituar tipicidad penal, mucho menos consumación del delito de cohecho pasivo propio o impropio, al tratarse de decisiones radicadas en criterios ideológicos o incluso en un marco de conveniencias personales soportables para el sistema. Posición que encuentra sustento normativo en la medida que no existe ley de partidos políticos que lo defina como infracción administrativa ni norma penal que enfatice la naturaleza ilícita del hecho, esto es, no existe deber normativo de mantener una posición o afiliación política, ni prohibición legal de optar por otra opción política, por lo mismo, los beneficios que pueda obtener el denominado tránsfuga en tales supuestos son atípicos, pues el presunto "medio corruptor" no se halla en vinculación con un marco de infracción de deberes normativos ni con el elemento teleológico "para incumplir o cumplir obligaciones"; incluso, en determinados casos, el transfuguismo puede ser aceptado socialmente y/o políticamente. En la misma idea, RIQUELME PORTILLA, quien llega a decir que el cambio de partido político en diversidad de matices –incluso de la oposición al partido de gobierno con base en motivaciones de caciquismo y clientelismo– significa a lo sumo una estafa electoral –que tendrá repercusiones en sus electores–, pero no un delito de cohecho(112). Por cierto, que quedan latentes aspectos éticos y de probable sanción ciudadana por el quiebre de representación política que supone el transfuguismo que, en casos puntuales, puede merecer repulsa social en tanto el cambio de bandera política constituye una deslealtad con el voto ciudadano, pero incluso allí no se vulnera

(112) RIQUELME PORTILLA, Eduardo: *El cohecho parlamentario*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, p. 132. Para un análisis en profundidad véase TOMÁS MALLÉN, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Beatriz MALLÉN estudia el transfuguismo en España e Italia, las clases de tránsfugas (el inicial, los originarios, asociados, incorporados), las motivaciones del tránsfuga, la evolución del transfuguismo en la experiencia parlamentaria española y sus efectos sobre el sistema político constitucional y los grupos parlamentarios; ídem, LARIOS PATERNA, Ma: "El grupo mixto y el transfuguismo político. Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, del 13 de febrero", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Madrid, 1996; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: "Transfuguismo retribuido y cohecho", en *Actualidad Penal* N° 22, 1994; VALEIJE, Imma, en su artículo "El transfuguismo bajo una perspectiva penal", analizando un caso por fuera del ámbito parlamentario y discrepando en parte con lo resuelto por el Tribunal Supremo español (que se pronunció acerca de la compra de los votos de un concejal a cambio de dinero y acceso a cargos públicos), considera que el tránsfuga que solicita dádiva o promesa, esto es, el "tránsfuga retribuido" debe castigarse bajo los alcances del artículo 425 del Código Penal español, que regula el delito de cohecho pasivo genérico; TORRES MURO, Ignacio: "El transfuguismo político. Un elogio (moderado del tránsfuga)", en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 16, Universidad de Jaén, 2016.

aún el bien jurídico-penal "imparcialidad e igualdad", más allá que el Reglamento del Congreso de la República o la ley electoral pueden fijar sanciones administrativas. Situación distinta puede producirse con los transfuguismos retribuidos, donde el parlamentario somete a precio su cambio de voluntad política, recibiendo o solicitando dádiva, ventaja, beneficio o promesa; asunto que pasará a ser cuestionado penalmente cuando exista relación entre el acto de compra de afinidad política con el desarrollo de actos de función que impliquen violación de atribuciones normativas propias del congresista.

El transfuguismo netamente político, pese a la fuerte carga de desaprobación ética y social que pueda merecer, constituye una práctica cotidiana y frecuente en el orden congresal y partidario, que debe sustanciarse en vía administrativo-disciplinaria a nivel del Reglamento del Congreso, en deficiencia de norma especial. Pretender elevarlo a delito puede traer más inconvenientes que ventajas para el libre desenvolvimiento del acontecer político. Redundando, otra es la situación cuando se observen actos de corrupción durante el desarrollo del cambio de partido o grupo político, que comprometan los deberes reglados del congresista y resulten subsumibles en las tipicidades de las diversas figuras de cohecho reguladas en la norma penal (pasivo propio o impropio). Hipótesis estas últimas que adquirirán relevancia penal por la figura específica que se trate, mas no por el acto de cambio de filiación político-partidaria. Es obvio que en muchos casos el contenido del acto corrupto se contextualizará en dicho cambio, pero ello aún no es suficiente para ver en esto un acto de interés penal[113].

VII. PARTICIPACIÓN

Cabe la participación de particulares o de sujetos públicos que aportan actos de intermediación (complicidad) o de instigación a la comisión del delito, en este último caso cuando terceras personas (los inductores o determinadores) forman la voluntad de cohechar en el sujeto público.

El papel del tercero, es decir, del intermediario que facilita la comisión del ilícito penal y que aporta actos de cooperación, por cuenta propia

(113) Para un pormenorizado análisis del "transfuguismo político" véase DELGADO-GUEMBES, César: "Transfuguismo y crisis post-electoral en el proceso de reinstitucionalización democrática", en *Derecho-PUCP*, N° 53, Lima, 2001, pp. 89-132; LÓPEZ LUCIANO: *Anatomía del transfuguismo. Propuestas desde el control político-jurisdiccional*, Lima, Emma Cátedra Editores, 2012; VILLORIA MENDIETA, Manuel: *La corrupción política*, Madrid, Editorial Síntesis, 2006; MUÑOZ, Jordi: "El precio electoral de la corrupción. ¿Por qué los votantes la castigan tan poco?", en QUERALT, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

o a pedido, ya seleccionando a la víctima (hipótesis de solicitar), llevando la propuesta al destinatario, recogiendo la dádiva o recibiendo la promesa para el sujeto público, beneficiándose personalmente o no, es de gran importancia en este tipo de delitos en los que generalmente no figura personalmente el funcionario o servidor en los arreglos, conciertos, solicitud o condicionamientos. Igual de importante es el establecer a través de medios probatorios tradicionales o de prueba por indicios la vinculación de relevancia penal entre el sujeto *intraneus* y los partícipes, de modo que supere el espacio de duda razonable que usualmente se presentan en dichos casos. Obviamente que, de acuerdo a la construcción normativa peruana de cohecho pasivo, no será cooperador quien concurre al delito en calidad de contraprestador, vale decir, la persona distinta –vinculada en relación de bilateralidad– al sujeto público que solicita o acepta.

La clase de cómplice que resulta ser el partícipe intermediario siempre ha divido a la doctrina y la jurisprudencia, existiendo la tentación de considerarlo en todos los casos un cooperador necesario, pese a no ser quien brinda actos importantes en fase de preparación del delito, sino quien ejecuta la fase típica del delito, que más se acoge a un criterio de colaborador secundario, pese a la importancia de su aporte. La pena del cómplice en todos los casos no podrá ser la del autor, sino menor.

La complejidad que ofrecen los variados supuestos de cohecho regulados en el Código Penal admite también hipótesis de utilización (autoría mediata), por parte de los sujetos públicos, de instrumentos que ejecutan materialmente el delito actuando en un contexto de acción desprovisto de dolo. Así, personal administrativo, asistentes, practicantes que son manipulados para recepcionar las dádivas o como mensajeros para hacer llegar lenguajes explícitos o cifrados de entendimiento para el destinatario, etc.

El destinatario de la solicitud hecha por el agente público no puede ser reputado ni autor ni cómplice por cohecho pasivo propio, así convenga con la petición. Aquel que proporciona u otorga el donativo o la ventaja tiene inclusión típica en el artículo 397 (cohecho activo). En todo caso, deberá analizarse con cuidado los motivos que tuvo el concurrente para dar u ofrecer, a efectos de descartar la relevancia penal de sus actos (temor reverencial, creencia infundada de la licitud del acto, estado de necesidad, etc.) o para afirmarla.

Los funcionarios y servidores que carecen de competencia para practicar u omitir los actos requeridos por el concurrente pueden concurrir como cómplices de cohecho del funcionario competente, pero nunca como autores. Los terceros beneficiados con conocimiento de la ilicitud de los

donativos pueden responden igualmente a título de complicidad, según que hayan o no dado aportes al proceso ejecutivo del delito o, de ser el caso, de inductores.

VIII. CONCURSO DE DELITOS

Suelen presentarse situaciones de concurso aparente con los delitos de concusión (artículo 382), concurso real con estafa (artículo 196) y tráfico de influencias (artículo 400); puede asimismo producirse un concurso real entre cohecho pasivo propio y cohecho pasivo impropio a resultas de la naturaleza de los actos practicados por el sujeto público. El prevaricato también es un delito que puede entrar en concurso.

IX. PENALIDAD

Penas privativas de libertad diferenciadas según la variante del cohecho pasivo propio:

A. De 5 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 (incisos 1 y 2) del Código Penal y pena de 180 a 360 días-multa: cohecho pasivo propio mediante aceptar y recibir.

B. De 6 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 (incisos 1 y 2) del Código Penal y pena de 365 a 730 días-multa: cohecho pasivo propio mediante solicitud.

C. De 8 a 10 años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36 (incisos 1 y 2) del Código Penal y pena de 365 a 730 días-multa: cohecho mediante condicionamiento.

X. JURISPRUDENCIA COMPARADA

Las sentencias de casación del **Tribunal Supremo español** (STS) ofrecen las siguientes elaboraciones jurisprudenciales:

> "El **bien jurídico protegido** en el delito de cohecho es la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función. Así, en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte, el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado" (STS N° 186/2012, del 14/03).

"En el delito de cohecho se ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, así como la dignidad de la misma. Es evidente, por lo tanto, que la lesión de este bien jurídico se perfecciona cuando requiere o reciba una dádiva o la promesa de la misma a cambio de una determinada acción de su competencia funcionarial. La **magnitud de la ilicitud de la acción** que el funcionario promete es una cuestión ajena al tipo penal, pues de ella no depende la lesión del bien jurídico, sino la gravedad de la culpabilidad del autor, en tanto se refiere a la mayor reprochabilidad de la motivación de este y a la mayor intensidad de la deslealtad de la función estatal que le ha sido confiada" (STS del 11/07/2002, EDJ, 28397).

"Constituye **la esencia de este delito la consecución de un provecho**, propio o de tercero, lo que no se da en el presente caso, pues la recurrente no persiguió ningún beneficio ni para sí ni para persona de su entorno sino para la cosa pública, como lo son la formación de una banda municipal de música o la reparación de la vivienda del conserje de un colegio público, igualmente municipal, lo que representaba potenciales beneficios para las arcas municipales (...) Y ello por cuanto que, a pesar de que la dádiva en el delito de cohecho puede ser para un tercero, el funcionario siempre ha de obtener de algún modo un beneficio o goce de ello, por lo que sí la Alcaldesa en ningún momento persiguió ningún beneficio personal, para sí ni para persona de su entorno o con las que mantuviera determinada relación de tipo particular, no ha lugar a la apreciación de este delito; con independencia del juicio que pudiere merecer en el plano ético, en el político o incluso en el jurídico-penal al margen de la figura del cohecho" (STS N° 84/1996, del 05/02).

"No se trata solo de asegurar la rectitud de la función pública, sino también de **garantizar la incolumidad del prestigio de la función y de los funcionarios**, a quienes hay que mantener siempre a salvo de cualquier injusta sospecha de interesada y voluntaria trasgresión de sus deberes" (STS N° 2215/1993, del 07/10) y asimismo la eficacia del servicio público encomendada al funcionario" (STS N° 593/1995, del 29/04).

"Los **actos han de ser relativos al ejercicio del cargo** que desempeñe el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejecuta el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de

modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado" (STS N° 701/1994, del 04/04; ídem, STS N° 1618/2005, 22/12).

En relación con el **contenido de la dádiva**, no es tarea fácil decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuando determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la **adecuación social**. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales" (STS N° 636/2012, del 13/07).

"En el **cohecho subsiguiente**, hay que excluir de su radio de acción todos aquellos casos en que esa recompensa posterior estuviese ya previamente solicitada, exigida, pactada o prometida. En tal tipo especial se incardina tan solo los pagos posteriores no pactados. Cuando ya existe promesa o exigencia de recompensa hay que reconducir los hechos al artículo 419.1 antiguo. Eso sucede aquí" (STS del 28/02/2014, RJ 2014).

"La **participación en el delito de cohecho** no requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello solo se le exige al autor. Tal es la doctrina de esta Sala: el no cualificado (*extraneus*) puede ser partícipe en el delito del cualificado (*intraneus*). Es claro que el *extraneus* que colabora con el autor de un delito de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal en beneficio del *intraneus* ejecuta, por regla, un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria. La jurisprudencia establece que el *extraneus* debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto al autor *intraneus*. Se apreció la atenuante analógica" (STS N° 164/1997, del 12/02; ídem, STS N° 795/2016, del 25/10).

"La jurisprudencia, siguiendo de esta manera una doctrina fuertemente consolidada, ha entendido que lo único que debe ser tenido en cuenta en favor del partícipe es que **este no infringe el deber específico** del autor y que, por tal razón, **el partícipe puede ser**

condenado con una pena atenuada respecto del autor. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico" (STS del 21/12, 199, EDJ 35876).

"No se cometió una irregularidad formal, sino una consciente y deliberada alteración de la realidad (por cierto, llamativa y escandalosa) al dejar de consignar unos datos de relevancia tributaria, que el inspector de sobra sabía era preciso constatar. Su omisión podía constituir delito, y para su ocultación solicitó una dádiva, que el obligado tributario, coacusado en el proceso, entregó en su momento al inspector" (STS N° 1390/2003, del 14/11).

La **jurisprudencia penal casatoria italiana**, por su parte, nos da las siguientes líneas de reflexión:

"El bien jurídico tutelado en el delito de corrupción por acto contrario a los deberes de oficio está constituido por el principio del **buen desempeño e imparcialidad de la Administración**. La contrariedad de los deberes de oficio puede referirse a la conducta global del funcionario, quien aun mediante la emisión de actos formalmente regulares puede incumplir sus deberes institucionales, insertando estos actos en un contexto con fines distintos al de la utilidad pública. La atención del intérprete para valorar si la conducta del funcionario público es o no contraria a sus funciones, debe centrarse no en los actos individuales sino en el conjunto del servicio prestado al particular, aunque cada acto se considere por separado corresponda a los requisitos de ley, la esclavitud constante de la función, por dinero, a los intereses del privado concreta el delito de cohecho propio del artículo 319 del CP" (Sez. 6 sent 7259 del 24/05/1990).

"A los fines de la configuración del delito de corrupción propia, debe excluirse la existencia de un acuerdo corruptor cuando el acto contrario a los deberes del funcionario haya sido de una **promesa indeterminada** de parte del funcionario púbico, sin alguna certeza de prestación entre las partes" (Sez. 6 sent 3522 del 27/01/2012).

"A los fines de la acreditación del delito de corrupción propia, en la hipótesis en la cual resulta probada la dación de dinero o de otra utilidad, en favor del funcionario público, es necesario demostrar que el cumplimiento del acto contrario a los deberes del funcionario fue la causa de la prestación de la utilidad y de su aceptación

de parte del funcionario público, **no siendo para tal fin suficiente la mera circunstancia de la acción de dar**" (Sez. 6 sent 5017 del 09/02/2012).

"En el delito de corrupción cuando hay pluralidad de donaciones de dinero, cada remuneración integra un delito, y dichas donaciones, si se implementan en ejecución de un solo pacto corruptor constituyen un **delito continuado**" (Sez. 6 sent 26747 del 19/06/2003).

"En materia de corrupción no puede considerarse que el **acto discrecional** pueda ser contrario a los deberes del cargo y por tanto siempre apto para la comisión del propio delito, siendo en cambio decisivo verificar si el acto discrecional se opone o no a los deberes de oficio, si se respetan las reglas para el ejercicio de la discrecionalidad por parte del funcionario público. En particular debe considerarse violado el deber oficial de actuar con imparcialidad en la búsqueda del interés público cuando, ante la posibilidad de adoptar más soluciones, el funcionario público toma su decisión de modo que asegura el mayor beneficio del particular, siguiendo la retribución prometida o recibida" (Sez. 6 sent 11462 del 15/12/1997).

2

COHECHO PASIVO IMPROPIO[114]

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: 1. Los medios corruptores. 2. Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación. 3. O como consecuencia del ya realizado: el cohecho pasivo impropio subsecuente. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** La impropiedad del cohecho pasivo. **IX.** Penalidad. **X.** Jurisprudencia comparada.

Artículo 394: *«El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, 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 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 ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa» (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013, anteriormente modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

(114) El estudio del cohecho pasivo impropio se complementa con el de la legislación extranjera y las sumillas de jurisprudencia, véase en pp. 164, 397 y ss.

Tipo penal sustituido

Artículo 394: *«El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, 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.*

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».

Tipo penal original

Artículo 394: *«El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal directa es el artículo 350 del Código Penal de 1924: *«El funcionario o empleado público que aceptara un donativo o una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar o no practicar un acto propio de su cargo, sin que con ello falte a su obligación, será reprimido con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días, en todo caso inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por no más de 1 año».*

El artículo 175 del Código Penal de 1863 consideraba en su segundo párrafo que el cohecho o soborno, cuando sea para ejercer actos de justicia, se castigará con pena de multa del duplo del valor recibido o del tanto de lo prometido o aceptado, y además con suspensión de dos meses a un año.

La legislación extranjera que tiene influencia lejana en la redacción de la figura penal está constituida por el artículo 177 del Código Penal francés de 1810, artículos 331-333 del Código alemán (1871), 171 del Código italiano (1889), 398 del Código español (1870), 280 del Proyecto de Código Penal suizo y 173 del Código uruguayo de 1889.

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES DE LA LEY Nº 28355

El Código Penal peruano regula exclusivamente la modalidad de cohecho pasivo impropio caracterizada por practicar o realizar el sujeto público actos propios del cargo, bajo los efectos de un mecanismo corruptor, sin quebrantar sus roles o deberes funcionales y no así una segunda modalidad –regulada, por ejemplo, en el artículo 422 del Código Penal español o 259 del Código Penal argentino– caracterizada por recibir o aceptar donativos o regalos en consideración a la calidad del cargo o empleo desempeñado, sin que ello suponga necesariamente la realización futura o presente de actos funcionales o de servicio.

Las similitudes y diferencias con el cohecho pasivo propio y con el diseño original de cohecho pasivo impropio de 1991 son las siguientes:

A. Se desdobla el tipo penal en dos modalidades de cohecho pasivo impropio: a) mediante aceptación o recepción; y b) mediante solicitud directa o indirecta, la que es objeto de mayor pena; con lo que se aprecia igual técnica de redacción con relación al artículo 393 y una gran diferencia con el diseño original de 1991.

B. Se emplean los mismos medios corruptores (donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio).

C. A los medios corruptores «cualquier otra ventaja o beneficio» se le complementa con el adjetivo «indebido». En la fórmula original del Código, dicha complementación acompañaba al medio corruptor «cualquier ventaja».

D. En la modalidad agravada «solicita», al medio corruptor «ventaja» se le anexa el adjetivo «indebido», mientras que omite la norma referirse al beneficio. No existe explicación legal del porqué de estas variaciones.

E. Se incorpora por Ley N° 30111 (26/11/2013) el cohecho pasivo subsecuente («o como consecuencia del ya realizado») que no registraba el diseño original de 1991.

F. Se amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo.

G. En la modalidad «solicita» se utiliza, al igual que en el cohecho pasivo propio, la expresión «directa o indirectamente», con lo cual expresamente se trata de cubrir todas las posibilidades de comisión.

H. No se regula el cohecho mediante condicionamiento.

I. La pena privativa de libertad ha sido incrementada ostensiblemente.

J. La pena de inhabilitación ha sido regulada expresamente en el tipo penal con remisión al artículo 36 del Código Penal.

K. Se ha incorporado la pena de días-multa.

La actual y reformada redacción del cohecho pasivo impropio tiene una marcada diferencia no solo con la fórmula original de 1991, sino igualmente con el diseño de 1924, ya que en el anterior y abrogado Código Penal, dicho cohecho solo poseía el verbo rector «aceptar», y, en contraste con el modelo actual, ofrecía tanto una modalidad comisiva como omisiva «para practicar o no practicar un acto de su cargo». Existiendo, por lo demás, una muy notable diferencia en cuanto a la pena, ya que se castigaba el delito con prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de tres a treinta días e inhabilitación.

El esquema nacional vigente observa matices de diferencia con el diseño español y argentino[115]. El modelo español posee dos modalidades de cohecho pasivo impropio, el tradicionalmente conocido como tal por llevar a cabo actos propios de su competencia, sin quebrantar sus obligaciones, motivado por mecanismo corruptor, como el hecho de aceptar dádivas o regalos que le son ofrecidos en calidad a su cargo o función[116]. El artículo 426 del Código Penal español, hasta antes de la reforma producida el año 2010, regulaba el cohecho pasivo impropio, al que castigaba con pena de multa de tres a seis meses, del siguiente modo: «La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente». Una fórmula sencilla y simple que se complementaba con el tipo penal 425 (igualmente antes de la reforma aludida), que contemplaba una modalidad más compleja caracterizada por configurarse con la acción de

(115) Véase "Legislación extranjera".

(116) Al respecto, véase una lectura crítica sobre esta figura penal, Gimbernat Ordeig, Enrique: "Del cohecho impropio", en *El Derecho Penal en el mundo*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p. 105. Gimbernat expone las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales (del Tribunal Supremo español) acerca de si resulta punible el *extraneus* que ofrece o entrega dádivas al funcionario público para que realice un acto propio de su función, esto es, sin cometer acto injusto de clase alguna, o cuando la entrega se produce en razón a su función, sin contraprestación funcional alguna. Este destacado penalista concluye, de conformidad a la regulación expresa del Código Penal español, que la responsabilidad penal solo afecta a los funcionarios públicos, no así a los particulares. En efecto, dicho Código, a la fecha del artículo escrito (año 2009) por Gimbernat, no regulaba el cohecho activo impropio (el artículo 424 fue modificado el año 2015.

«solicita dádiva o presente o admita ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio del cargo o como recompensa de lo ya realizado», y que recibía una sanción distinta: multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión del cargo o empleo o cargo público. Actualmente son los artículos 420 y 422 los que, habiendo incrementado la penalidad, regulan el cohecho pasivo impropio, el primero (autoridad o funcionario que en provecho propio o de tercero recibiere o solicitare por sí o por persona interpuesta dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar una acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de 2 a cuatro años), mientras que en la segunda fórmula legal (autoridad o funcionario que, en provecho propio o de tercero admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año)[117]. En el caso del diseño penal argentino, el artículo 259 regula el cohecho pasivo impropio, señalando que será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en ejercicio del cargo. Resulta notable la diferencia de penalidad tanto del diseño español como argentino con el modelo peruano, que llega a castigar hasta con pena de 5 a 8 años para el cohecho impropio mediante solicitud.

La técnica legislativa empleada por el legislador peruano, a la usanza francesa, ha colocado un tipo penal considerado básico, en la doctrina y legislación extranjera, a continuación del tipo calificado de cohecho pasivo propio (artículo 393), lo cual es técnicamente incorrecto y deberá merecer el debido reordenamiento. El cohecho pasivo impropio debería figurar como tipo básico; y el cohecho pasivo propio, como tipo agravado si se siguiera el diseño italiano (artículos 318 y 319) y chileno (artículos 248 y 248 bis).

La figura del cohecho pasivo impropio es generalmente el caso típico de los regalos, obsequios o ventajas de pequeña estimación patrimonial.

(117) Al respecto, sobre la modalidad de cohecho pasivo impropio del artículo 422 del Código Penal español, que para el caso peruano constituye un supuesto de corrupción administrativa, véase el análisis que efectúa García Arroyo sobre el bien jurídico, considerando que en dicho tipo penal no se afecta el principio de imparcialidad, resultando no justificada ni legitimada la injerencia punitiva mediante dicho tipo penal, al constituir un adelantamiento desmesurado de la intervención penal a esferas externas al mismo, que podrían verse fácilmente solventadas mediante la aplicación de una sanción administrativa, García Arroyo, Cristina: "Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 del Código Penal", en Gómez Rivero, Carmen y Barrero Ortega, Abraham (directores): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 678.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Esta figura penal ha admitido debates y críticas acerca de la necesidad de su incorporación y/o mantenimiento en tanto figura criminalizada en el Código sustantivo, al igual que sobre la real lesividad al bien jurídico protegido y su entredicho con principios orientadores de la injerencia punitiva, tales como el de *ultima ratio*, mínima intervención y proporcionalidad. Se ha postulado, en cambio, acudir al Derecho Administrativo disciplinario, en tanto la vía más adecuada para su tratamiento sancionador(118).

En materia del bien jurídico específico, al no quebrantar el sujeto público las obligaciones propias del cargo o función con su comportamiento típico, sino más bien consideraciones de naturaleza ética, no es propiamente el principio de imparcialidad el bien protegido con el delito de cohecho pasivo impropio, por lo que, manteniendo el bien jurídico genérico del correcto funcionamiento de la Administración Pública, hay que considerar que lo que concretamente se afecta es el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, al darse un privilegio indebido para determinadas personas, usuarios del sistema de la Administración, a la vez que un injusto beneficio económico para el sujeto público, que cumple con sus funciones o actos de servicio bajo la presencia de motivadores corruptores de su comportamiento. En suma, se trata de preservar la imagen de la Administración Pública, en tanto "*unidad funcional valiosa en su función interna como externa*"(119), de actos impropios que mellan la confianza ciudadana y entronizan prácticas funcionales y de servicio socialmente desvaloradas.

Son de interés las reflexiones de la jurisprudencia penal suprema colombiana, que citan Arboleda Vallejo y Ruiz Salazar, cuando estas refieren que, más allá de la eficacia de la Administración Pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues no es dable el mantenimiento de esta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues, así no lo diga, sí está sobreentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce. De esta manera, hasta la resolución acertada se impregna de dudas y la desviada adquiere matices todavía más graves que llevan el

(118) Al respecto, véase De Pablo Serrano, Alejandro: "La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio. El caso de los cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York", en Puente Aba, Luz María y Souto García, Eva María (coord.): *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Comares, 2016, p. 125.

(119) Frase de Rudolphi citada por García Arroyo, Cristina: "Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 del Código Penal", en Gómez Rivero, Carmen y Barrero Ortega, Abraham (directores): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, cit., p. 665.

juzgamiento a delitos de mayor entidad y de más significativa represión, dificultándose entonces y en grado sumo la prueba en contrario, pues en tales circunstanciases difícil aceptar la torpeza, el yerro o la ignorancia[120]. En esta misma línea interpretativa, GIMBERNAT esboza la tesis de la "apariencia de corrupción", que la precisa del siguiente modo: el funcionario que recibe la dádiva por un acto no injusto pasa a ser desde ese momento un sujeto corruptible y sospechoso, en cuanto que con la aceptación del regalo se ha generado una relación de dependencia respecto de quien realizó el obsequio[121].

En la jurisprudencia penal italiana se sostiene igualmente que el bien jurídico en este delito (regulado en el artículo 318 del Código Penal italiano, en tanto tipo básico de corrupción y donde el cohecho pasivo propio –del artículo 319– constituye una modalidad) no es tanto la imparcialidad del funcionario (que precisamente da cuenta del cohecho pasivo propio) como sí "una sana y correcta administración, entendida como el buen funcionamiento de la Administración Pública, en el sentido de que los actos legítimos, correctos y debidos no pueden ser objeto de comercio entre el privado y la Administración Pública, debiendo ser siempre cumplidos en una posición de sustancial ajenidad respecto a los intereses privados y fuera de influencias distintas de las dictadas por los intereses del Estado, es decir de la colectividad" (Sez. 6 sent 5843 del 23/04/1990).

En la jurisprudencia colombiana, la sentencia del 26 de abril de 1989 de la Sala de Casación Penal, que se pronunció revocando la absolución del juez, por delito de cohecho pasivo impropio, que aceptó en dos ocasiones la invitación a almorzar efectuada por los oferentes, quienes tenían interés en asunto penal sometido a su conocimiento, la primera con su señora y los empleados del juzgado y la segunda habiendo estado injiriendo alcohol, consideró en contra del fundamento, del Magistrado acusado, que se había tratado de "simples invitaciones a almorzar y tomar unos cuantos aguardientes: "La ley no tolera que el empleado oficial desencadene una fraternidad de ocasión con las personas que intervienen en asuntos sometidos a su conocimiento, la cual solo puede explicarse por la gestión que al mismo se le ha encomendado en tal cuestión. Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado

(120) ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando: *Código Penal comentado*, décima edición, Bogotá, Leyer, 2004, p. 759.

(121) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: "El endiablado cohecho impropio", en *El Derecho Penal en el mundo*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, p, 111. GIMBERNAT plantea que lo que se estaría protegiendo con el cohecho pasivo impropio es la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función.

que debía y podía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementarios"[122].

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Autor de este delito solo puede ser el funcionario o servidor público que ejerce actos propios de su competencia por el cargo, función o empleo. De modo que, si el funcionario actúa como particular o no se halla el medio corruptor vinculado con los actos de función que le son inherentes (afirmación válida tanto para el cohecho antecedente y subsecuente), al igual que en el caso del cohecho pasivo propio, habrá insuficiencia de tipicidad objetivo-normativa por cohecho pasivo.

Sujeto pasivo es el Estado.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Verbos rectores: acepta, recibe (alternativamente) y solicita, configurando cada verbo rector comportamientos diferentes que dan vida a modalidades distintas de cohecho pasivo impropio, siendo considerada la variante que se articula a través de la acción "solicitar" una modalidad agravada con relación a las variantes acepta y recibe, las cuales han merecido para el legislador idéntico nivel de injusto y la misma penalidad[123].

Elemento finalista: para realizar, lo que da cuenta de una vinculación causal entre el medio corruptor y las prestaciones funcionales o de servicio del sujeto público, sin la cual no es posible hablar de este cohecho pasivo impropio en su variante de cohecho antecedente.

Medios corruptores: donativo, promesa, cualquier ventaja (ventaja indebida), beneficio indebido.

El contenido típico del cohecho pasivo impropio radica en el comportamiento del funcionario o servidor consistente en aceptar o recibir donativo, promesa, cualquier ventaja o beneficio indebido, o en solicitar donativo, promesa, cualquier ventaja indebida a cambio de practicar un acto propio del cargo, función o en general del marco de sus atribuciones sin faltar a su obligación (cohecho impropio antecedente). Como ya se ha

(122) *Gaceta Judicial*, órgano de la Corte Suprema de Justicia, Tomo CXCIV, 1989, primer semestre, Sala de Casación Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1990, p. 236.

(123) Véase *supra*, p. 82 y ss.

indicado anteriormente[124], la impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta ninguna norma legal ni reglamentaria que sea inherente a sus funciones o atribuciones del empleo, ya que realiza actos debidos, no ilícitos, es decir, la lógica del cohecho impropio está focalizada en que el agente no realiza actos funcionales o de servicio público prohibidos legalmente y, en dicho contexto, sin razón que justifique legalmente su actitud, acepta, recibe o solicita donativo, promesa o ventaja para cumplir con prestaciones inherentes al marco de sus atribuciones (dictar resolución, dictamen o sentencia; agilizar el expediente, derivarlo al superior jerárquico; fijar fecha de lanzamiento judicial; notificar al interesado; etc.). Allí reside justamente el núcleo del injusto penal, propio del cohecho pasivo impropio antecedente, no tanto en el acto a practicar, que igualmente puede o no concretar dicho sujeto público. A diferencia, el núcleo de injusto en el cohecho subsecuente radicará en el hecho de recibir donativo o ventaja después de haber cumplido ya con sus actos de función o empleo.

1. Los medios corruptores

La inclusión o el rol que juegan los medios corruptores termina convirtiendo la normalidad prestacional, el favor atípico o la gentileza funcional en un cohecho impropio. Donde el funcionario o servidor debía proceder de conformidad a legalidad y gratuitamente, termina practicando actos funcionales o de servicio debidos no ilícitos bajo motivadores criminalizados. Como redondea conceptualmente, Díaz y García Conlledo, la dádiva o regalo se preordena a un acto concreto, pero que no está prohibido legalmente[125].

En este punto deben ser igualmente objeto de análisis y ponderación los actos socialmente adecuados, los usos sociales y los actos de cortesía, que evaluados caso por caso y tomando en cuenta cada región o segmento social donde prestan funciones o servicios los agentes públicos, pueden cumplir el papel de excluir ilicitud a la lectura fáctica por delito de cohecho pasivo impropio. Es significativa al respecto la lectura que da Gimbernat a los usos sociales y los actos de cortesía para la realidad española: "*Dentro de los usos sociales hay que incluir, por ejemplo, el aguinaldo con que el que se obsequiaba a los carteros en las fiestas navideñas, o las botellas de cava, los turrones y las peladillas que depositaban los automovilistas en los pies de sus pedestales de los guardias municipales, cuando, hasta*

(124) Véase *supra*, p. 32.

(125) Díaz y García Conlledo, Miguel: "El delito de cohecho", en Asúa Batarrita, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 165.

antes de los años 50 del pasado siglo, ante la ausencia de semáforos, eran ellos los que en las glorietas o en las intersecciones regulaban la circulación (...). Dentro de las normas de cortesía, los eventuales regalos a autoridades y funcionarios de ramos de flores, cajas de bombones. (...) Estimo que no caen dentro de los usos sociales obsequios que tengan un valor superior a –al menos– 600 euros"[126].

El Código peruano, en su artículo 394, además del donativo y promesa, habla de «cualquier otra ventaja», y de beneficio indebido, a diferencia del texto del artículo 393, que no anexa el adjetivo «indebido». De aquí surge un problema doble de interpretación suscitado por la particular técnica de redacción del texto: ¿se justifica la predicación «indebido» en el texto normativo? ¿Lo indebido solamente hace referencia al beneficio o es extensivo también a la ventaja, donativo y a la promesa? Este primer sentido de la segunda pregunta constituye la respuesta más acertada dado que el adjetivo se halla en singular y en masculino, lo que da cuenta solo del beneficio. De responder en el segundo sentido, entonces se afirmaría la tesis de que existen donativos, promesas o ventajas debidas o legítimas que pueda solicitar o aceptar el funcionario o servidor para ejecutar o realizar un acto propio de su cargo. La dificultad para asimilar esto radica en el inadecuado empleo de los términos donativo, ventaja o promesa, de por sí desvalorados, que no concuerdan con los derechos o remuneraciones de determinados funcionarios y servidores por sus igualmente determinados y focalizados actos inherentes al cargo o servicio (por ejemplo, el caso de los juzgados de paz no letrados[127], registradores públicos, traductores oficiales, etc.)[128]. Lo debido en este caso se sustenta en una norma jurídica,

(126) Gimbernat Ordeig, Enrique: "El endiablado cohecho impropio", en *El Derecho Penal en el mundo*, cit., p. 110.

(127) Al respecto, la ejecutoria suprema del 11/03/2003, Exp. N° 308-2002-Cañete, que declaró atípica la conducta de exigir retribución por determinados actos funcionales realizados: «La justicia es gratuita a tenor de lo previsto en el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución Política, 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 acusado, 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 pasivo impropio".

(128) Camaño Rosa: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", cit., p. 61: "Puede ser legítima la retribución de un servicio extraordinario, siempre que el funcionario no esté obligado a cumplirlo y no perturbe las funciones normales. Y también cuando el funcionario está autorizado para recibir un premio, siendo ilícito todo lo que perciba de más".

acto administrativo o costumbre legitimadora[129]. Fuera de los casos específicos en que sean debidos los «donativos o ventajas» (obviamente, un lenguaje nada grato ni técnico), resultaría contraproducente para con el mensaje comunicativo-preventivo de la norma penal extender más allá de la naturaleza de las cosas la validez de tal complementación. No es nada difícil entender que el legislador, al copiar del modelo italiano las frases «beneficio indebido» y «ventaja indebida», ha complicado innecesariamente la lectura del tipo penal de cohecho pasivo impropio al posibilitar interpretaciones flexibilizadoras con relación a vocablos que poseen evidentes mensajes criminógenos (al constituir estos, en toda la gama de ilícitos de corrupción, medios corruptores). En este punto, como salidas correctoras queda: **a)** la supresión de dicha adjetivación; **b)** la creación de un subtipo penal en el que resulte invocable; o **c)** la utilización de términos más adecuados y menos desvalorados jurídico-penalmente. La primera alternativa resulta la más coherente, y es la que siguen la mayoría de Códigos Penales que poseen la figura penal de cohecho pasivo impropio.

2. Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación

Se trata de actos comisivos o de acción, la norma penal no contempla la modalidad omisiva, pues ella ya está incorporada en la tipicidad del cohecho pasivo por omisión (artículo 393), al ser una conducta violatoria de obligaciones. Como precisa la STS, el realizar un acto propio de su cargo supone que el acto ha de ser relativo al ejercicio que desempeña el funcionario. Lo único que exige el texto legal es que el acto guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña (STS N° 636/2006, del 08/06; STS N° 440/2007, del 21/05). El Proyecto de Código Penal suizo, en su artículo 280, refería del núcleo del comportamiento típico de las autoridades, funcionarios "para realizar un acto no contrario a sus deberes y que caiga dentro de sus funciones".

El comportamiento finalístico consistente en la posibilidad de practicar un acto propio del cargo[130] o empleo, esto es, que corresponda al normal y regular ejercicio de funciones o servicios del funcionario o servidor

(129) Al respecto, ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 623. Revísese, asimismo, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, artículo 136, que prohíbe a los funcionarios y servidores públicos la percepción o exigencia de dádivas, obsequios, agasajos, etc., por la prestación de servicios oficiales propios de la función asignada.

(130) MANZINI (*Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 239) hace la acotación de que deben excluirse los actos que consisten en el ejercicio de un derecho (por ejemplo, la dimisión) del funcionario o servidor, ya que estos no son actos de oficio. Véase también OLAIZOLA: *El delito de cohecho*, cit., p. 270 y ss.

público, es derivado de otro comportamiento previo y que resulta criminalizado: solicitar o aceptar donativo, promesa o ventaja.

Acto propio del cargo es el que por ley, reglamento o delegación legal y superior le compete al agente en el desarrollo de su rol funcional dentro del marco general de la Administración Pública[131]. El acto propio del cargo puede ser único o múltiple, estar expresamente reglado o hallarse sujeto a la actividad discrecional del sujeto público.

Sin faltar a su obligación alude a la posibilidad negada que los actos propios del cargo practicados o por practicar por el sujeto activo del delito puedan generar una infracción o menoscabo a sus roles especiales, circunstancia bajo la cual se configuraría cohecho pasivo propio. La frase *«sin faltar a su obligación»* se constituye así en el límite del cohecho pasivo impropio y define el marco reglado de deberes o roles que deberá observar siempre el sujeto público en el ejercicio de sus atribuciones. Nótese que aquí el legislador peruano no ha sustituido la palabra obligaciones por deberes, habiendo reproducido sin mayores alteraciones que las ya indicadas la fórmula del Código de 1924 (artículo 350). Tirado Álvarez, en la doctrina colombiana, anota que, a diferencia del cohecho propio, en el cohecho impropio el servidor público recibe dinero adicional al que el Estado le paga por el cumplimiento de sus funciones, lo que le hace un delito menos grave que el primero, pero en todo caso ilegal, ya que cualquier otra prestación adicional por el cumplimiento de su deber es contraria a Derecho[132].

Al igual que con el tipo anterior, no se requiere que el sujeto activo cumpla con ejecutar el acto de función, pero sí necesariamente que exista vinculación causal imputable entre los actos funcionales o de servicio y el mecanismo corruptor, lo cual descarta por atípicas las actividades no funcionales o privadas realizadas o por realizar por parte del sujeto público[133].

(131) Véase en la ejecutoria superior de fecha 11 de junio de 1998 (Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima) un caso de cohecho pasivo impropio consistente en haberle dado dinero el particular a la secretaria de un juzgado a efectos de practicar una inspección ocular, proceso que finalmente quedó solo a las puertas del Poder Judicial por haberse confirmado la resolución que declara no ha lugar a la instrucción, al no haber podido la denunciante individualizar al destinatario de la dádiva.

(132) Tirado Álvarez, Margarita: "Cohecho", en Castro Cuenca, Carlos: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Bogotá, UR-Temis, 2011, p. 274.

(133) Así, Kindhäuser y Hilgendorf: los actos privados carecen de relevancia, aunque se realicen con motivos de asuntos oficiales (por ejemplo, tutoría privada de un docente en el edificio de la escuela pública), *Strafgesetzbuch. Lehr-und Praxiskommentar*, cit., p. 1395.

JUANES PECES, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, nos dice: "No es tarea fácil la delimitación de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo no (...). El cohecho pasivo impropio es, sin duda, la modalidad más leve de cohecho en cuanto el funcionario no se presta a realizar, por dádiva o presente, un acto irregular delictivo o simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y por ende justos) que, como tales no tienen por qué ser remunerados por los particulares"[134].

3. O como consecuencia del ya realizado: el cohecho pasivo impropio subsecuente

La incorporación en la redacción del artículo 394, que contempla la figura del cohecho pasivo impropio, de la modalidad subsecuente de dicho delito, en sus dos manifestaciones legales (acepta-recibe y solicita), a usanza de lo que acontece en el Código Penal italiano (artículo 318, antes de la reforma producida en el año 2012, que suprimió del tipo el cohecho subsecuente, pero que sigue manteniéndose en el artículo 319, referido al cohecho pasivo propio) chileno (artículo 248) y español (artículo 425, antes de la reforma del 2010), busca cerrar los círculos de la corrupción, castigando conductas que no suponen pacto previo ni promesa cumplida.

Asunto que, si bien demarca una línea fuerte de combate a la corrupción; sin embargo, tiene serios inconvenientes al momento de interpretar y vincular los medios corruptores con las conductas típicas aceptar-recibir-solicitar; y, en un segundo plano, al situar el dolo en la estructura de dicho cohecho subsecuente.

Pertenece a la lógica interna del cohecho pasivo impropio subsecuente que el funcionario o servidor reciba donativo o ventaja en un contexto de acción que corresponde al tercero que otorga por actos de conformidad a derecho realizados en cumplimiento de funciones o servicios por el sujeto

(134) JUANES PECES, Ángel (coordinador): *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 4ª edición, Madrid, Lefebvre El Derecho, 2017, p. 1168. "Se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos que, tanto por la lealtad debida a la Administración Pública de la que forman parte, como por ejercer funciones en favor de la comunidad social que los retribuye, deben dar el máximo ejemplo de decoro e integridad".

público, sin que pueda vincularse dicho acto a promesa previa. Para ello deberá dicho sujeto hallarse en actividad o no haber cesado o perdido el vínculo administrativo o laboral con la Administración Pública, pues de concurrir estas hipótesis, no podrá configurarse la estructura comunicativa del tipo penal dada la desvinculación motivadora del medio corruptor con el comportamiento funcional o de empleo. Resultaría por demás poco feliz, la interpretación, de aplicarse esta clase de cohecho para la promesa, esto es, que el funcionario o servidor acepte ofrecimiento de futura entrega de donativo o ventajas por haber cumplido con sus obligaciones, no se ha vulnerado el principio de imparcialidad en tal caso y se corre el peligro de confundir el ámbito de la relevancia administrativa con la penal; igual razonamiento sería válido para la conducta típica solicitar promesa, supuesto en el cual el funcionario o servidor no da ninguna contraprestación ni ha actuado precedentemente en su desempeño funcional violando sus obligaciones.

El acto de recibir donativo, ventaja o beneficio, que sería lo realmente razonable de esta fórmula ampliadora de tipicidad por cohecho pasivo impropio subsecuente, en una expresión inaceptable de retribución ilegal por el desempeño funcional, supone aplicar un Derecho Penal racional alejado de maximalismos o injerencias excesivas. Se trata de dejar espacio al Derecho Administrativo sancionador frente a conductas mínimamente lesivas al bien jurídico específico protegido.

Otro de los inconvenientes radica en la exigencia de dolo en el cohecho subsecuente, el mismo que abarcaría los actos de (aceptar), recibir (solicitar) cuando ello no es debido ni legal; es decir, el dolo no comprende la conducta anterior (no lo podría hacer, dada la licitud de dicha conducta), pero sí debe dar cuenta en su contenido que la retribución que se está otorgando al sujeto público es por sus actos de función o servicio ya cumplidos. El funcionario o servidor debe conocer el contexto en el que se producen tales donativos o ventajas. Es inadmisible admitir que el dolo de quien recibe medio corruptor, bajo los alcances del cohecho impropio subsecuente, implique consciencia y voluntad asociada a la compra de actos funcionales. El medio corruptor pierde una de sus características principales: su fuerza motivadora de la voluntad del funcionario o servidor público.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, resultando exigible el dolo directo en la modalidad «solicitar». La tipicidad subjetiva es determinante en esta figura delictiva, ya que el acto o actos a que se ve comprometido realizar el sujeto activo poseen naturaleza lícita.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito admite consumación a través de tres supuestos. En el comportamiento pasivo de aceptar el medio corruptor, la consumación es formal con la simple complacencia. En el comportamiento de recibir, el tipo penal es de resultado, por lo mismo, su consumación supondrá la entrega o concesión efectiva del medio corruptor. En el cohecho pasivo impropio mediante solicitud, la consumación, al igual que el aceptar, es formal, es decir, se produce con el acto simple de la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa, ventaja o el beneficio indebido.

El cohecho pasivo impropio subsecuente se consumará, académicamente por lo menos, conforme establece la norma, cuando el sujeto público reciba el donativo, la ventaja o beneficio. Es muy complicado asumir la hipótesis de que pueda consumarse con la promesa. En esta variante de cohecho en realidad se podría estar castigando actos desvinculados de finalidad previa, en razón al «resultado» consistente en haber cumplido con su deber el funcionario o servidor público, como cuando un usuario ingresa al local judicial y le deja una coima al juez por haber resuelto con celeridad, con lo que podríamos ingresar a un peligroso ámbito de responsabilidad objetiva, en el cual la acción practicada por el sujeto público estuvo desprovista de la motivación del medio corruptor, siendo por lo mismo de conformidad a Derecho, no quebrantándose deberes de función o servicio, mucho menos lesionándose o poniéndose en peligro el bien jurídico imparcialidad de la Administración Pública. Por consiguiente, se hace necesario advertir que la consumación del cohecho pasivo impropio subsecuente no supone una convergencia previa con base en promesa que se activa con el cumplimiento del acto funcional o de servicio. Sin embargo, en un mínimo de racionalidad, cabe aceptar la sospecha de tales promesas o pactos no comprobados, que se constituiría en el activador probatorio para declarar la tipicidad del hecho y la culpabilidad del autor funcionario o servidor, un tema nada pacífico, por cierto, y que parece termina afectando la razonabilidad de la aplicación del *ius puniendi* estatal.

Por lo general, este tipo de delito es el que más se identifica con la actuación de las coimas, presentes, atenciones dirigidas al funcionario o servidor público, en tanto mecanismo corruptor que busca motivar «positivamente» su conducta funcional. De no existir esta vinculación motivadora del mecanismo corruptor en el cohecho pasivo impropio antecedente, nos saldremos del ámbito del cohecho, para generar supuesto de atipicidad penal, reconducible por vía administrativa o incorporables al terreno de los actos soportables socialmente. Actos adecuados socialmente que, como

señala MUÑOZ CONDE, son de alta incidencia en comunidades pequeñas que tienen como usos sociales ofrecer al funcionario algún tipo de regalo en correspondencia a pequeños favores[135] o con la finalidad de obtenerlos. Por ejemplo, el regalo que ofrece y entrega la familia del niño secuestrado al valiente policía que liberó al menor, o el reconocimiento pecuniario que hacen los miembros de un condominio a los médicos de hospital público que salvaron la vida a una pareja de ancianos enfermos, o las ventajas que una entidad bancaria concede a los servidores municipales de utilizar sus instalaciones recreativas en reciprocidad por la vigilancia de sus locales.

La tentativa es admisible según los actos del sujeto activo sean fragmentables en las modalidades comisivas, siendo más viable en las hipótesis de resultado. Sin embargo, en invocación del principio de fragmentariedad y de la mínima lesividad al bien jurídico protegido, cabe aquí lo señalado con relación al cohecho pasivo propio.

VIII. LA IMPROPIEDAD DEL COHECHO PASIVO

El *nomen iuris* utilizado hace alusión a un ilícito penal que con relación a todo delito de corrupción de funcionarios y servidores públicos no goza en propiedad de las características formales de la violación o quebrantamiento de los deberes funcionales ni de la normativa sustantiva, aun cuando sí constituya infracción administrativa. Aquí el sujeto activo hace lo debido, ejercita su función o servicio conforme al rol asumido previamente. El acto que practica no está prohibido por el Derecho, es más, está conforme a él. Tal es la característica sui géneris del cohecho pasivo impropio.

Pero, sin embargo, los actos de la Administración Pública, a través de los cuales el Estado en sentido amplio llega a la sociedad civil para lograr sus cometidos, resultan puestos en tela de juicio, se genera un clima de desorden y de corruptelas horizontales que trastocan, desprestigian y pervierten la función pública, o, como señala CARRARA: «Cuando el acto es en sí justo, y debía realizarse de modo determinado, siempre se ofende a la justicia en la forma, porque entonces el ejercicio del poder público se hace venal»[136]. Las coimas, propinas, regalos, ventajas o donativos aceptados o solicitados para que el funcionario o servidor haga lo que está obligado y gratuitamente, cuando no sean excepcionalmente tasadas, constituyen una evidente preocupación de la política penal. De ahí entonces la explicación

(135) MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 959.

(136) CARRARA: *Programa de Derecho criminal*, cit., Vol. V, T. 7, § 2550.

de su injerencia ante una realidad que no debió producirse ni debe reiterarse. Son así las deficiencias y los desajustes del sistema de la Administración Pública los que propician este ámbito de comportamientos. También abonan estas prácticas la falta de diligencia de los funcionarios y servidores que dejan para el final del plazo el momento del cumplimiento de sus deberes de función y servicio, lo que genera una natural propensión a asegurar el cumplimiento de las obligaciones por parte de los usuarios. Una cultura igualmente fundada en el favor y no en el servicio puntual y eficaz hace del ciudadano un sujeto proclive a incidir, promoviendo o aceptando estas prácticas anómalas(137).

Sobre el porqué del estilo corrosivo y desestabilizador de los indebidos donativos y ventajas solicitados o aceptados, es una problemática cuya dilucidación rebasa el terreno del Derecho Penal. En países como el nuestro, donde dominan las trabas y prácticas burocráticas, las negligencias, desidias, el paternalismo y otros males propios de sociedades democrática y culturalmente atrasadas, el cohecho pasivo impropio, el *pactum sceleris,* seguirá siendo un mal de muchos que cuenta incluso con la complacencia estatal. En suma, se trataría de una práctica ilícita tradicional que –según opinión común– aligera las pesadas e insufribles barreras puestas desde las esferas de poder. Esto último nos obliga a preguntar sobre si tal comportamiento de ilicitud penal cuenta acaso con un factor de legitimación contracultural a su favor.

IX. PENALIDAD

De 4 a 6 años de pena privativa de libertad e inhabilitación (incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal) y pena de 180 a 365 días-multa (cohecho pasivo impropio simple antecedente y subsecuente).

De 5 a 8 años de pena privativa de libertad e inhabilitación (artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal) y pena de 365 a 700 días-multa (cohecho pasivo impropio agravado antecedente y subsecuente).

La sanción es relativamente menor que la reservada para el cohecho pasivo propio incluso en su modalidad agravada, pero sumamente mayor a la establecida en el Código de 1924, representando el tipo penal de infracción de deber que más incremento de pena ha registrado a lo largo de la historia legislativa del cohecho en el Perú y uno de los más altamente sancionados en el espectro de Códigos Penales occidentales.

(137) Véase también lo dicho con relación a las coimas y los cohechos disfrazados, *supra*, p. 49.

X. JURISPRUDENCIA COMPARADA

"La conducta del acusado no puede ser considerada jurídicamente correcta, porque, sin la menor duda, supone una grave irregularidad, **contraria al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley**, y un privilegio indebido para determinadas personas –las favorecidas por las gestiones del acusado–, y un injusto beneficio económico para este, contrario además al principio de igualdad, respecto del resto de los funcionarios encargados del mismo servicio, ajenos a este tipo de corruptelas" (STS N° 782/2005, 10-6).

"El tipo penal se refiere a **acto injusto y no a resolución injusta**, y es obvio que es más amplio el concepto de 'acto' que el de 'resolución' y aquel término permite incluir dentro del tipo cualquier actividad desempeñada por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones siempre que aquella pueda calificarse como injusta" (STS N° 472/2011, 19-5).

"Es subsumible en este tipo delictivo la solicitud por parte de un Alcalde de una respetable cantidad de dinero por la **agilización de una licencia urbanística**" (STS N° 440/2007, 21-5).

"Lo que hizo el acusado fue atender a determinadas personas en forma distinta a la establecida por la Delegación del Gobierno, evitando a los favorecidos por sus gestiones cumplir los enojosos trámites –especialmente las largas esperas, las colas y demás inconvenientes de la afluencia masiva de personas a unas mismas oficinas, con unos plazos de tiempo limitados–, mediante la entrega de unas determinadas cantidades de dinero. El procedimiento utilizado era sencillo, entregaba los impresos necesarios a la otra acusada, esta recibía de los interesados la documentación complementaria precisa y luego, debidamente cumplimentada, la entrega al acusado, que lo recibía y sellaba, como si de una tramitación normal se tratase, **evitando así a los favorecidos todos los inconvenientes** antes descritos" (STS N° 782/2005, 10-6).

"Se cometió delito de cohecho pues aun cuando se nos diga que obstaculizar una tramitación no es una figura calificable como delito de tal clase, lo cierto es que el recurrente no es que obstaculizara la tramitación de los expedientes, sino que hacía sus ilegales solicitudes precisamente **para realizar los trámites sin obstaculizarlos**, conducta, que sí encaja a la perfección, dentro de la descripción típica aplicada por la Audiencia" (STS de 7 de marzo de 2014 - RJ 2014).

"El pacto de entregar y recibir puede ser tácito o expreso y en este último caso oral o escrito. Gráficamente se ha dicho que el cohecho es la venta de un acto de la autoridad o funcionario público incluido dentro de su cometido oficial, esto es, relativo a las funciones propias de su cargo y que por regla general **debería ser gratuito**" (STS N° 872/2016, 18-11).

3

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO PROPIO DE MAGISTRADO, ÁRBITRO, FISCAL, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, PERITO O ANÁLOGO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355. **III.** Alta penalización y magistratura. **IV.** Bien jurídico específico tutelado. **V.** Sujeto activo. **VI.** Sujeto pasivo. **VII.** Comportamientos típicos. **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación del delito y tentativa. **X.** Penalidad.

Artículo 395: «*El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia, 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 de 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» (texto según la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

Tipo penal sustituido

Artículo 395: «*El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo que solicite y/o acepte donativo, promesa o cualquier otra ventaja a sabiendas que es hecha 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 seis ni mayor de quince años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

La inhabilitación que como accesoria a la pena privativa de libertad se imponga al agente del delito, será puesta en conocimiento del Colegio respectivo en donde se encuentra inscrito el agente, para que dentro de cinco (5) días proceda a suspender la colegiación respectiva, bajo responsabilidad» (texto según la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26/06/1996).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El artículo 351 reformado del Código Penal de 1924 es la fuente directa del actual tipo penal contenido en el artículo 395 del Código en vigencia(138).

Las fuentes de Derecho comparado recaen lejanamente en las legislaciones penales francesa de 1810 (artículo 177), alemana de 1871 (artículos 331-332) y con cierta semejanza en el proyecto de Código Penal suizo de 1918 (artículo 279, este artículo alude a los funcionarios y personas llamadas a administrar justicia, los peritos, árbitros, traductores, intérpretes y delegados por la autoridad).

(138) Artículo 351, modificado por la Ley N° 24653, del 28 de marzo de 1987:
"El juez o miembro del tribunal administrativo o árbitro que solicitare o aceptare un donativo, préstamo, viaje o una promesa o cualquier otra ventaja, a sabiendas de que se le hacen con el fin de influir en la resolución o el fallo de un asunto que le esté sometido, será reprimido con prisión no mayor de doce años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días de inhabilitación absoluta no mayor de veinte años.
Si el juez admitiera para sí o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad el donativo, préstamo, viaje, la promesa o la ventaja para producir sentencia en sentido determinado en un asunto criminal, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años, multa de la renta correspondiente a ciento ochenta días e inhabilitación absoluta perpetua.
El testigo, perito, traductor o intérprete que solicitare o aceptare para sí o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, un donativo, préstamo, viaje o una promesa o cualquier otra ventaja para, en un procedimiento o de justicia, hacer una deposición, emitir un dictamen, realizar una traducción o una interpretación falsos, será reprimido con prisión no mayor de ocho años, multa de la renta de sesenta a ciento veinte días e inhabilitación, conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por no más de diez años".

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES DE LA LEY Nº 28355

El tipo penal de cohecho pasivo de carácter específico ha enfatizado la calidad o el estatus funcional de determinados e importantes sujetos públicos para construir una figura penal agravada de cohecho pasivo, en la cual el funcionario somete a precio sus prestaciones funcionales futuras, constituyendo un típico caso de corrupción de funcionarios vinculados o que actúan directamente o indirectamente (el caso de los peritos) en ámbitos de la administración de justicia.

No es frecuente encontrar en la legislación penal comparada una figura de corrupción de funcionarios que, como la peruana, haya optado por un Derecho Penal que personaliza la autoría; más aún que regule una conducta como la de conocer, el sujeto público, que acepta/recibe/solicita medio corruptor, que es hecho con el fin de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia. Se puede señalar el artículo 346 del Código Penal de Panamá vigente, que en un diseño parecido señala: "El servidor público que, desempeñándose como miembro del órgano judicial o del Ministerio Público, autoridad administrativa, árbitro o cualquier cargo que deba decidir un asunto de su conocimiento o competencia (...)". Por su parte, el Código Penal de Costa Rica, mediante su artículo 351, describe un tipo remisivo que toma al juez y al árbitro que mediante ventaja o promesa favorecen o perjudican a una parte en el trámite o resolución de un proceso.

El Código de 1924, en su redacción original, contempló un cohecho personalizado únicamente para la figura del juez, pero considerando además una circunstancia agravante de penalidad cuando la conducta ilícita se orientara a dictar sentencia intencionada en materia criminal. El aludido artículo 395 del Código Penal peruano de 1991 fue reformado anteriormente por Ley Nº 26643, del 26 de junio de 1996, antes de que se produjeran las modificaciones introducidas por Ley N° 28355.

El Código peruano, a diferencia, por ejemplo, del italiano de 1930 o del español de 1995, no ha contemplado el caso de la corrupción del juez que origina o deriva en condenas injustas, lo que aumenta severamente, en dichas legislaciones penales, las penas al magistrado. Las características de la reforma producida por la Ley Nº 28355, de 2004, que han variado la presentación de la figura penal original de 1991 son las siguientes:

A. Se ha separado en dos modalidades las conductas típicas de cohecho pasivo específico. La primera de ellas caracterizada por la presencia ordenadora de los verbos rectores «acepta o recibe», ambos con el mismo nivel de injusto y penalidad; la segunda, por el verbo

rector «solicita», continuando así un esquema de coherencia con el del cohecho pasivo propio genérico del artículo 393.

B. Se ha otorgado un mayor nivel de injusto a la acción de solicitar, modalidad de delito que, por consiguiente, es conminada con mayor pena.

C. Si bien se ha mantenido idéntica la nómina de funcionarios específicos y personalizados que son considerados autores de delito, se ha precisado que los análogos son en referencia a los consignados puntualmente en la norma: «otros análogos a los anteriores».

D. En ambas variantes de cohecho pasivo específico, el simple y el agravado, se ha incluido la frase «bajo cualquier modalidad», que precede a los verbos rectores acepta-recibe y solicita (segundo párrafo), con lo que se ha tratado de cubrir toda la gama de casos prácticos que la realidad pueda ofrecer.

E. Se ha agregado a los medios corruptores el «provecho» sin efectuar ninguna adjetivación.

F. Se ha desdoblado, en la primera modalidad delictiva, la frase «con el fin de influir en la decisión» que figuraba en la redacción original en dos orientaciones teleológicas de la acción típica: «con el fin de influir o decidir». En cambio, en la modalidad agravada sigue igual la frase «con el fin de influir en la decisión».

G. Además se ha ampliado el vínculo funcional graficado por el «asunto sometido a su conocimiento» al anexar «o su competencia». Ampliación que solo se registra en la modalidad simple, no así en la agravada.

H. La pena privativa de libertad solo ha sido aumentada en la variante agravada. En ambos casos se ha anexado expresamente la pena de inhabilitación.

III. ALTA PENALIZACIÓN Y MAGISTRATURA

La corrupción del juez, históricamente, siempre ha sido un tema en grado sumo delicado, por cuanto es este especial funcionario quien encarna y representa la justicia oficial de un país. CARNELUTTI dice de él: en lo más alto de la escala está el juez. No existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad más imponente. Está colocado, en el aula, sobre la cátedra;

y merece esta superioridad[139]. Se considera, pese a no estar ello normativizado, que un juez es un personaje siempre por encima de las pequeñeces mundanas, que debe reunir las mejores y óptimas calidades profesionales, de integridad y probidad, formación jurídica, sabiduría y sensibilidad social[140]. Por ello es que repugna a la conciencia del colectivo social la existencia de jueces (también fiscales) cohechadores, de aquellos sujetos que miran la judicatura como un botín o una tienda donde desarrollar sus cualidades de mercaderes de la justicia. No resulta disculpante ni justificador las bajas remuneraciones ni la fuerza de las costumbres anómicas de las sociedades atrasadas, ni el estilo corrupto de actuación pública que imprimen los gobernantes y políticos; la figura del juez siempre ha de estar incólume, pues es él la garantía de racionalidad y humanidad ante la ilegalidad, el abuso del poder y la injusticia.

La elevada pena privativa de libertad que establece el Código Penal peruano, la misma que va de un mínimo de 6 (u 8) a un máximo de 15 años, tiene un trasunto histórico que se remonta al Derecho Romano republicano, donde se castigó con pena de muerte al juez y al árbitro que cohechaba a efectos de emitir sentencia[141]. El advenimiento del Imperio morigeraría tal severa sanción, ensayándose fórmulas de composición que iban desde la multa hasta la destitución, distinguiéndose las sanciones en función de si el juez era del ámbito criminal o civil; el primero era acreedor al destierro y a la confiscación de bienes, mientras que al segundo le eran aplicables penas pecuniarias por el doble o triple de lo recibido ilícitamente (*crimen repetundarum*). El Código Penal francés de 1810 continuaría la línea de acentuada moderación para con los magistrados, árbitros y peritos (artículos 181 y 177: multa, destitución y, en caso del juez, reclusión), a diferencia del Código penal alemán de 1871 (artículo 334: reclusión de 1 a 15 años).

(139) CARNELUTTI, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1993, p. 27.

(140) Anota CALAMANDREI: "El abogado, cuando ha aceptado la defensa de una causa, tiene su camino trazado; puede estar sereno como el soldado en la trinchera, al cual la tronera indica hacia qué parte debe disparar. Pero el juez, antes de decidirse, tiene necesidad de una fuerza de carácter que puede faltar al abogado; debe tener el valor de ejercitar la función de juzgar, que es casi divina, aunque sienta dentro de sí todas las debilidades y acaso todas las bajezas del hombre; debe tener el dominio de reducir a silencio una voz inquieta que le pregunta lo que habría hecho su fragilidad humana si se hubiese encontrado en las mismas condiciones del justiciable", CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, traducción de Santiago SENTÍS e Isaac MEDINA, Madrid, Editorial Góngora, 2012, p. 55.

(141) Véase *supra,* p. 27. Cfr. CARRARA: *Programa de Derecho criminal,* cit., Vol. V, T. 7, § 2543; y CARMIGNANI, Giovanni: *Elementos de Derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979, pp. 338 y 339.

IV. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO TUTELADO

Preservar la imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo, así como los principios de integridad, igualdad y objetividad que rigen igualmente en dichos ámbitos de ejercicio público, que en suma fortalecen el bien jurídico genérico de un correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública.

V. SUJETO ACTIVO

Con rango de exclusividad, solo el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los señalados anteriormente. Esta extensión de analogía trae obviamente sus complicaciones.

En el caso del *magistrado*, la redacción original del artículo 395 aludía solo al juez; una ulterior reforma del Código[142] sustituyó el término por el de magistrado, ampliándose de esta forma el círculo de autores del delito.

El vocablo «***magistrado***» tiene dos acepciones. Una en *sentido amplio* para comprender con él a todo funcionario público que posee autoridad, ya sea judicial, administrativa o política (ingresan en esta definición lata jueces, prefectos, ministros, fiscales, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, ahora Junta Nacional de Justicia, etc.). En *sentido estricto*, que es la más apropiada de seguir, magistrado es el funcionario público encargado por ley de administrar justicia. Ingresan en esta noción estricta solo los jueces en sus diversos niveles y grados, jueces de paz, de primera instancia, vocales superiores, supremos; titulares y suplentes, interinos o provisionales; los jueces del Tribunal Constitucional y los del fuero privativo militar.

La norma penal utiliza aquí un concepto estricto de magistrado, razón por la cual a continuación precisa el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

Por su parte, el ***fiscal*** es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público –organismo autónomo por ley–, que tiene como misión la defensa de la legalidad y la representación de la sociedad en juicio, entre otras atribuciones establecidas en su ley orgánica y de funciones. El

(142) Por Ley N° 26643 (artículo 1) de 26 de junio de 1996.

término fiscal es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar).

Sobre ***el perito***[143] ya nos hemos referido en capítulos anteriores. Aquí lo que interesa destacar es que se trata de peritos oficiales con el estatus de funcionarios públicos, cuyos aportes técnicos de conocimiento científico y especializado han sido considerados valiosos por la norma penal a fin de asegurar, en los escenarios de la administración de justicia oficial, la vigencia del criterio de corrección material y el principio de imparcialidad, no obstante que ellos no decidan directamente el caso sometido al conocimiento y competencia del magistrado o de los demás sujetos que el tipo contempla. Estos autores de delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos de parte o los peritos particulares equiparados[144].

El perito, dice TARUFFO, es un asistente del juez, cuya tarea es ofrecerle información especializada necesaria de forma objetiva, independiente e imparcial, para que valore los hechos objeto de litigio[145]. Por su parte, BEZERRA DE MENESES, citando a Leonardo GRECO, efectúa precisiones sobre los conocimientos científicos y especializados, propios del perito, donde los primeros son aquellos elaborados por la ciencia, en el más alto grado de profundidad del raciocinio humano, aceptados como correctos en ciertas áreas del conocimiento, y a los que se llega a través de estudios sistematizados de investigación y observación conforme a patrones técnicos previamente establecidos y evaluación crítica siguiendo métodos

(143) Véase *supra,* Tomo I, p. 629.

(144) Solo en el caso de entender que la norma haría referencia a los peritos particulares sería válida la objeción que efectúa CASTILLO ALVA («El delito de corrupción de magistrados, fiscales, miembros del tribunal administrativo, árbitros y peritos», en *Actualidad Jurídica*, T. 89, Lima, 2001, p. 27), quien considera censurable la extensión del tipo a los peritos (su crítica también comprendía a los árbitros, conforme al modelo anterior del tipo penal 395), con base en una serie de razones tanto de orden político-criminal como dogmático.

(145) TARUFFO, Michele: *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 93. Anota TARUFFO que ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y este es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio (...) Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Para ello todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a testigos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al tribunal toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso (cit., p. 91). En el sistema del *common law*, el mecanismo típico para la presentación de pruebas periciales pasa por la consideración del perito como testigo: de ahí la noción de "testigo experto" (...) En los sistemas del *civil law*, el perito o experto no es un testigo y las pruebas periciales no tienen nada en común con las pruebas testificales. El testigo ofrece al tribunal su propio conocimiento personal de hechos relevantes, específicos, mientras que el perito le ofrece datos e información científica o técnica en general que este necesita para valorar los hechos objeto de litigio, cit., p. 93.

rigurosos capaces de brindar seguridad y credibilidad; mientras que los conocimientos especializados son aquellos de naturaleza privativa de personas que ejercen una determinada actividad específica o cierta profesión que transmiten sus experiencias en su desempeño(146).

El perito debe actuar con independencia en relación con las partes, objetividad en su trabajo técnico e imparcialidad al emitir su dictamen y al fundamentarlo oralmente. El trabajo técnico del perito está relacionado a la materia sobre la cual ha sido encomendado someter a su conocimiento y capacidades (en determinados casos, sus máximas de experiencia), en materia científica, técnica, práctica. Tomando en cuenta la importancia del contenido y conclusiones de sus informes técnicos, puede devenir persona susceptible de incurrir en corrupción, dado que las conclusiones a las que arribe resultan de interés para las partes involucradas en procesos judiciales o administrativos. Los momentos pueden estar referidos tanto a la elaboración del informe pericial, sus contenidos y conclusiones como a los de la sustentación y absolución de preguntas.

La conducta inherente a los actos de corrupción en los que puede incurrir el perito está relacionada al quebrantamiento de la imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus roles funcionales. La imparcialidad del perito se produce tanto en un sentido objetivo como subjetivo, lo primero atinente a sus conocimientos e idoneidad aplicados en la elaboración de la pericia; lo segundo, al rigor en su opinión técnica como experto en la materia para la cual ha sido convocado. El perito está obligado a no parcializarse con alguna de las partes concernidas en su informe, a proceder con apego a la objetividad y verdad; no hacerlo puede ocasionar lamentables perjuicios a los fines del proceso, llevando o induciendo al juez a la comisión de errores o injusticias materiales. Como bien anota Munné Catarina, la relevancia penal de la conducta del perito no es la comisión de un error en el dictamen, sino faltar dolosamente a la verdad, por acción u omisión, es decir, incumplir su deber de objetividad mediante declaraciones falsas o silenciando cuestiones relevantes(147). El perito jura decir la verdad, razón por la cual sus niveles de responsabilidad son intensos.

(146) Bezerra de Meneses, Paula: *Novos rumbos da prova pericial*, Rio de Janeiro, Viveiros de Castro Editora, 2014, p. 134.

(147) Munné Catarina, Frederic: "Imparcialidad y responsabilidad del perito", en Picó i Junoy (director): *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch, 2017, p. 205. Véase también Gasparini Giulia e Ippolito, Carmine: *Consulenti tecnici e Periti. Il Consulente técnico d'ufficio e di parte e il Perito nel giudizio civile e nel giudizio penale*, Napoli, Edizione Giuridice Simone, 2002, p. 78 y ss.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en el caso Korosec contra Eslovenia para decir: "Que un dictamen pericial, dado que se sale del ámbito probable de especialización de los jueces, es muy posible que tenga una influencia preponderante en la valoración de los hechos y sea considerada una pieza fundamental en dicha valoración, en consecuencia, una falta de neutralidad por parte de un perito designado puede, en ciertas circunstancias dar lugar a una violación del principio de igualdad de armas"[148].

Los ***árbitros***[149], al igual que los peritos, son, en los alcances de significación de la norma penal, los designados o nombrados oficialmente. No ingresan en calidad de autores del delito los designados en exclusividad por los particulares. La Ley de Arbitraje fija las reglas y procedimientos que regulan la actividad de los árbitros; el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (Uncitral) fija igualmente reglas de importancia para los procedimientos de arbitraje que sirven de modelo para las legislaciones internas de los países.

El arbitraje es un medio alternativo para la solución de conflictos que se funda en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que acuden a él. El árbitro está obligado a guiarse con objetividad durante el curso del procedimiento arbitral que conduce, y tomar decisiones mediante sus laudos bajo los principios de legalidad, imparcialidad, debido proceso y motivación. Asimismo, le asiste un deber de confidencialidad respecto a la información de la que toma conocimiento y que va a utilizar para fundar sus decisiones y a preservar los principios de igualdad y debido proceso. La posibilidad de incurrir en actos de corrupción pasiva se presenta principalmente al emitir su decisión. El árbitro, individual, colectivo o institucional, a diferencia del perito, adopta decisiones que son gravitantes sobre los asuntos sometidos a su jurisdicción y competencia.

Estableciendo una línea de semejanzas y diferencias entre perito y árbitro, especialmente con relación a estas últimas, Sánchez de Movellán, citando a Sanjurjo Ríos, nos dice: "y es que si al principio de estas líneas decíamos que el árbitro era un árbitro juzgador hay que asumir que el perito es un tercero informador, un tercero, un especialista, que desde

(148) Al respecto, Bujosa Vadell, Lorenzo: "La prueba pericial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Picó i Junoy (director): *Peritaje y prueba judicial*, cit.

(149) Véase *supra*, Tomo I, p. 629.

una posición imparcial aporta su ciencia como quien sabe, pero no como quien juzga"[150].

La serie de fases del procedimiento arbitral admite igualmente la intervención de peritos tanto de parte como oficiales que darán sus aportes de conocimiento técnico especializado para articular los medios de prueba a valorar por el árbitro.

Miembro del tribunal administrativo hace referencia explícita a los integrantes de los tribunales administrativos que sustancian y resuelven actos de relevancia extrapenal, los cuales se han incrementado en la medida de la mayor estructuración y ordenamiento de las funciones administrativas. Se trata de entidades de administración de justicia civil no jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser impugnadas en la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del Indecopi, de Aduanas, el Tribunal de Licitaciones, el Tribunal Fiscal, la Superintendencia Nacional de Salud, el Tribunal Administrativo Previsional, etc.

Cabe señalar que la norma penal emplea el término *«miembro»* para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

Cualquier otro análogo. La apertura de la norma está hecha para incluir a otros, tales como los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura (hoy Junta Nacional de Justicia), los jueces y fiscales que resuelven casos disciplinarios (integrantes del OCMA y de la Fiscalía Suprema de Control Interno en sus diversas instancias), los integrantes de las comisiones de procesos disciplinarios de las diversas entidades del Estado (Congreso de la República, fuero militar policial, etc.). Están asimilados en este nivel aquellos que administran justicia en virtud del artículo 149 de la Constitución, es decir, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas; es debatible que también sean pasibles de imputación penales los jefes de rondas campesinas y tribunales populares *de facto*. En ambos, la inclusión de estos jueces populares en los alcances punitivos de la norma es bastante discutible.

La posibilidad de que también constituyan sujeto activo los magistrados o fiscales que resuelven casos disciplinarios de control interno o, con relación a estos últimos, cuando tramitan y procesan en vía previa –vale decir, fuera de la esfera jurisdiccional o propiamente de función fiscal– denuncias

(150) Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro: *Árbitro y perito. Valoración de la prueba pericial en un contexto externo*, cit., p. 470.

por comisión de delitos funcionales, es una hipótesis que, pese a ser subsumible en la cláusula de apertura *«o cualquier otro análogo»*, debe, sin embargo, ser evaluada serenamente.

VI. SUJETO PASIVO

El Estado es quien titulariza el sujeto jurídicamente afectado con el comportamiento típico de cualquiera de los sujetos públicos consignados en la norma penal.

VII. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los *verbos rectores* son: *acepte o reciba y solicite.*

Los *medios corruptores*: donativo, promesa, cualquier otra ventaja, beneficio.

El comportamiento relevante penalmente del sujeto (o sujetos) activo puede manifestarse sobre la base de diferentes modalidades típicas:

a) De forma alternativa: aceptar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio, o recibir donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio.

b) En otra modalidad de mayor injusto penal: solicitar donativo, promesa, o cualquier otra ventaja o beneficio.

El sujeto activo del delito que acepta, recibe o solicita debe tener plena conciencia de que la complacencia del que accede a la solicitud o entrega donativo, promesa o ventaja está dirigida a influir (ejercer presión o fuerza moral) o decidir un asunto sometido a conocimiento o competencia de dicho sujeto (o sujetos).

En particular, la corrupción de los jueces es la más sensible de las corrupciones posibles en un sistema democrático, sobre ella anota MALEM SEÑA que resquebraja el sistema de seguridad que provee el Derecho, tanto objetiva como subjetivamente. En el primer caso porque pone al justiciable en una situación manifiesta de riesgo al hacer depender el ejercicio de los derechos de los ciudadanos no ya de un sistema de reglas aplicado con criterio de igualdad, sino del arbitrio del juez corrupto. En el segundo caso porque en un contexto de arbitrariedad judicial la predecibilidad de las consecuencias que pudieran acarrear las acciones propias sería prácticamente imposible o al menos con un alto porcentaje de incertidumbre.

La corrupción de los jueces hace que la seguridad jurídica sea un puro espejismo[151].

El contexto del asunto sometido a decisión de los autores observa una extensa amplitud (juicios civiles, penales, administrativos, laborales, etc.). El tipo penal se refiere a la decisión de un asunto que deba ser tomado por el autor del delito. *«Un asunto»* alude tanto a la serie de actos que conforman el procedimiento, que pueden incluir resoluciones menores como decisiones sustantivas, todas susceptibles de verse alteradas con el mecanismo corruptor: comparecencias, medidas de embargo, mandatos de detención, concesión de libertades provisionales, apelaciones, inhabilitación, laudos arbitrales, dictámenes periciales, archivamientos de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del Tribunal Constitucional, emisión de dictámenes periciales, dictado de un laudo, resolución disciplinaria, etc.

La reforma practicada al tipo plantea ahora dos posibilidades de dominio del sujeto público: el **"asunto sometido a su conocimiento"** y el sometido a su competencia, en ambos casos concernientes a los alcances por atribución de las normas previas administrativas. Es válida en cierto modo la distinción por cuanto con la primera frase se utilizaba una terminología de significado muy amplio concerniente a roles funcionales por materias que tendrán que ser precisados de conformidad al caso concreto. «**Asunto sometido a su competencia**», vale decir, al ámbito de sus atribuciones, es la mejor manera de establecer la vinculación funcional que debe estar presente en todo delito de cohecho. A mi entender, con esta segunda predicación era suficiente el tipo penal. Usar ambas frases puede traer problemas a la labor de interpretación, pues se acude a un concepto general y luego a uno específico en el contexto de la misma redacción, lo cual no es propiamente técnico, pese a que sea una opción utilizada con frecuencia por el legislador. Por lo demás, el hecho de haber acudido el legislador a estas frases en un delito de infracción de deber puede resultar desconcertante, dado que ambas están incluidas en la lógica de la vinculación funcional de todo funcionario/servidor público, a no ser que con ellas se haya querido enfatizar momentos cercanos a la toma de decisión y, por lo tanto, a la lesión del bien jurídico específico "imparcialidad", tanto por vía de conocimiento como de competencia, lo cual puede orientar o dar

(151) Malem Seña, Jorge: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 168. Agrega este autor que la corrupción de los jueces no solo supone un nivel de indefensión y de inseguridad para los ciudadanos que se ven sometidos concretamente a su jurisdicción, sino que la arbitrariedad que envuelve todo acto de corrupción judicial pende como una amenaza potencial que puede eventualmente ser ejecutada en el futuro contra cualquiera.

pistas para explicar la alta penalización de las dos modalidades que presente el tipo penal 395.

La **jurisprudencia de la Corte Suprema** registra algunos casos de cohecho pasivo específico. Así, entre otras, en la sentencia del 20 de julio de 2004 de la Sala Penal Especial, Exp. N° 26-091-A.V, registra el caso de solicitud de dinero para dictaminar favorablemente algunos incidentes y luego en el principal. En la Apelación N° 06-2013, Lima, del 4 de diciembre de 2013, de la Sala Penal Permanente, se precisa que el delito es de naturaleza monosubjetiva, no plurisubjetiva, al no requerir una contribución fáctica del particular a quien se dirige la solicitud del funcionario; que el delito no requiere que se materialice la prestación del funcionario y que presupone una actitud directa y provocadora del magistrado. En el R. N. N° 2773-2013-Huánuco, del 16/01/2014, la Sala Penal Transitoria, con relación al perito como autor del delito, señaló que deberá tratarse de uno oficial; asimismo, que lo penalmente relevante está constituido por el solo requerimiento, sin necesidad de que la entrega se haya realizado. En la Sentencia de Apelación N° 5-2017-Huánuco, del 09/05/2019, Sala Penal Transitoria, se observa un esfuerzo por dotarle de contenido significativo a las frases "*con el fin de influir en la decisión" y "asunto sometido a su conocimiento o competencia"; lo primero,* precisa dicha resolución, *se debe interpretar en el sentido de que la influencia negativa del fiscal sobre su propia decisión final o futura (disposiciones de archivo, requerimientos) y la determinación objetiva de su decisión consiste en adecuar sus actos a favor de una parte y en perjuicio de la otra, debiendo el influjo ser real; mientras que en relación a lo segundo, en el caso del fiscal, este tiene asuntos o actos procesales sometidos a su conocimiento en la investigación fiscal o el proceso judicial, y es competente legal y constitucionalmente en el ámbito temporal para emitir disposiciones de archivo, requerimientos, entre otros*; en esta misma ejecutoria, el Tribunal Supremo consideró que "*el cohecho pasivo específico precisa de dolo directo. El agente debe ser consciente de la finalidad de la solicitud o aceptación del donativo, promesa o cualquier otra ventaja y querer actuar a pesar de ello. El elemento subjetivo a sabiendas exige un ánimo deliberado de quebrantar la imparcialidad, transparencia y objetividad, esto es, el fiscal solicita o acepta el donativo o ventaja económica sabiendo que es para influir en su decisión*". En el R. N. N° 454-2014-Amazonas, del 16/05/2016, la Sala Penal Transitoria absolvió a un fiscal por complicidad, al haber sido comisionado a llevar un sobre manila cerrado, conteniendo dinero que se procedía a devolver, al estudio jurídico del abogado, por falta de pruebas de que haya tenido conocimiento de dicha circunstancia.

Se trata de un cohecho pasivo antecedente, donde está implícito –aun cuando el tipo penal no lo pone de manifiesto– el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen fiscal, laudo arbitral, etc.; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones de quien ofrece o da, acepta recibe o solicita, corrompiéndose y lesionando los intereses de la Administración Pública al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo acto significativo o proceso sometido a su decisión. Con base en criterios de coherencia lógica y principio de lesividad, puestos de manifiesto en la alta y grave penalidad (15 años en su extremo máximo e inhabilitación especial y degradante), la frase ***«hecha con el fin de influir o decidir»*** debe interpretarse en tanto influencia negativa, esto es, referirse necesariamente a decisiones contra el derecho de una de las partes y con beneficio de la otra. Es decir, el núcleo del injusto penal deberá circunscribirse a un cohecho propio; es muy discutible, por las razones expuestas, pese a que resulta literalmente posible, abarcar con la tipicidad del artículo 395 los comportamientos con base en cohecho impropio. Del mismo modo, no estamos aquí frente a hipótesis de cohecho pasivo genérico, no solo por la calidad de los sujetos activos, sino por los alcances de los comportamientos típicos complementados con las predicaciones "con el fin de influir o decidir".

La norma penal contempla ahora dos hipótesis que condicionan la tipicidad objetiva-subjetiva de la acción, a diferencia de la fórmula original, que solo preveía la influencia (con el fin de influir). En efecto, se ha incrementado la intensidad de la ilicitud a través de la frase (con el fin de decidir), que en una segunda opción debe jalonar la actitud dolosa del agente que entrega o concede el medio corruptor y que debe ser conocido por el sujeto público que acepta, recibe o solicita. Sin embargo, ello no ha merecido mayor atención punitiva por parte del legislador, dado que representa la orientación de la conducta típica, no la conducta típica en sí misma. Es obvio que no puede considerarse por igual el contenido significativo de la frase "con el fin de influir" que "con el fin de decidir".

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El dolo requerido para perfeccionar la figura penal es el dolo directo.

El tipo penal contiene un elemento subjetivo (primer párrafo del artículo 395) distinto del dolo, expresado con el término ***«a sabiendas»***. Ello supone que el sujeto activo 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. Esto es obviamente 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.

IX. CONSUMACIÓN DEL DELITO Y TENTATIVA

El delito se consuma diferenciadamente según la naturaleza de la acción. Con la simple actividad en las modalidades acepta y solicita. Con un resultado material en la modalidad recibe el medio corruptor. Estamos ante un tipo penal que contiene comportamientos de simple actividad y de resultado. Por lo mismo, referirnos a un delito de resultado no está sustentado en función de la efectivización o concreción material de la prestación del sujeto público, sino al del medio corruptor que es recibido por el agente funcionario o servidor público.

No se requiere que se produzca o emita la decisión o el acto funcional buscado o pretendido por quien ofrece, da o acepta la solicitud del funcionario/servidor. Si bien el sujeto activo llega a conocer las pretensiones del que ofrece o da, quien mediante el medio corruptor puesto en juego pretende contenidos decisorios funcionales; sin embargo, estos no son componentes típicos del delito; en el supuesto de que se operativicen, se situarán en fase de agotamiento del delito(152).

En la modalidad agravada por la existencia de la solicitud que dirige cualquiera de los sujetos públicos especificados en la norma penal, si bien se han incorporado también las modificaciones practicadas en el tipo básico, en forma no explicable, sin embargo, se ha omitido ampliar la razón de la competencia que vincula al sujeto público con la tipicidad del delito y que se aprecia en la modalidad simple. Esta variante de cohecho pasivo específico es de simple actividad.

Resultan admisibles las formas de tentativa, de existir fragmentación en los actos ejecutivos, especialmente en la modalidad de recibir donativo.

X. PENALIDAD

La pena es conjunta entre una privativa de la libertad, limitativa de derechos (inhabilitación) y multa. Caracterizada por su elevado *quantum* conminatorio, que solo es menor a la del enriquecimiento ilícito agravado.

(152) Así, véase la ejecutoria suprema en Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, Sala Penal Permanente.

De 6 a 15 años de pena privativa de la libertad, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y 180 a 365 días multa.

De 8 a 15 años de pena privativa de la libertad, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y 365 a 700 días multa.

Ha sido correctamente eliminada la inhabilitación especial y en calidad de accesoria que establecía la fórmula sustituida del artículo 395 y que comprendía –además de la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia– el poner en conocimiento del colegio profesional correspondiente donde se encuentre inscrito el sentenciado para que se proceda a la suspensión de la colegiación respectiva. Ahora dicha inhabilitación solo comprende la:

1. Privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

4

CORRUPCIÓN DE SECRETARIO JUDICIAL, AUXILIAR JURISDICCIONAL O CUALQUIER ANÁLOGO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Sujetos activo y pasivo: 1. Secretario judicial. 2. Relator. 3. El especialista. 4. Auxiliar jurisdiccional. 5. Cualquier otro análogo. **IV.** Comportamiento típico. **V.** Penalidad. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Fases negativas de delito en los delitos de cohecho pasivo (propio, impropio, específico): 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación de la antijuricidad. 3. Causas de exculpación. **IX.** Legislación comparada. Cohecho pasivo propio e impropio: 1. Francia (1810). 2. Alemania (1871). 3. Proyecto de Código Penal suizo (1918). 4. Italia (1930). 5. Argentina (1922). 6. Colombia (1980). 7. España (1995). Antes de la reforma producida por Ley Orgánica 1-2015 8. Chile (1874). 9. México (1922). 10. Bolivia (1972).

Artículo 396: *«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 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa»* (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013. Anteriormente fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

Tipo penal sustituido

Artículo 396: *«Si en el caso del artículo 395, el agente es secretario judicial o auxiliar de justicia o desempeña algún cargo similar, la pena será privativa de libertad no mayor de cuatro años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

No existen antecedentes en la legislación penal nacional anterior.

En la legislación extranjera, el Código Penal alemán de 1871, en su artículo 334, castigaba con pena de reclusión a todo juez, árbitro, jurado o escribano que hubiere exigido o aceptado donativos u otros beneficios por dirigir o decidir en favor o en perjuicio de uno de los interesados un asunto cuya instrucción o resolución le esté confiada. En la actual y reformada versión de los tipos de cohecho del Código Penal alemán, ha sido eliminada la alusión al escribano o a algún funcionario o servidor auxiliar de la administración de justicia, manteniéndose en cambio la designación del juez y árbitro como sujetos activos del cohecho pasivo específico.

II. LA FIGURA PENAL

Estamos frente a una extensión de tipicidad del artículo 395 dirigida al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto en estudio. En efecto, 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, pues en estos sujetos generalmente no se concentra la potestad de decidir un asunto de índole judicial, litigioso, administrativo o técnico especializado. Igualmente, la equiparación de autoría de funcionarios o servidores públicos hecha a quien desempeñe cargo análogo o similar a la de los auxiliares jurisdiccionales resulta discutible.

La figura penal, reformada por la Ley N° 28355, en su nivel de tipicidad se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, relatores, especialistas, auxiliares y afines. Por lo mismo, el **bien jurídico protegido** es, al igual que con el delito 395, proteger, en términos generales, el correcto funcionamiento de la administración de justicia oficial y, en términos concretos, asegurar el principio de imparcialidad y/u objetividad en los alcances de competencia de dichos sujetos activos.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Son sujetos activos por extensión normativa exclusivamente el secretario judicial, el relator, el especialista y el auxiliar de justicia, o quien desempeñe cargo análogo. La norma ya no utiliza el término «similar», ha preferido referirse a cualquier otro «análogo» a los anteriores. Se coloca así la norma penal en una posición de apertura respecto a las posibles

incorporaciones de sujetos que cumplan similares funciones o servicios a los expresamente nominados en el tipo penal y que formen parte de la estructura de la administración de justicia a nivel de los auxiliares jurisdiccionales; así como cumple también una labor de previsión acerca de los posibles cambios de nombre que la ley administrativa pueda producir con relación a dichos sujetos.

Se nota así que el ámbito de relevancia está circunscrito a la esfera jurisdiccional en sentido estricto, no pudiendo, por lo mismo, considerarse a terceros que colaboran con dicha administración, pero que no forman parte del sector de sujetos públicos que en la Ley Orgánica del Poder Judicial se denomina auxiliares jurisdiccionales.

1. Secretario judicial

Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional[153] (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) o contratado que, localizado en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, de sala penal, etc.), colabora con el magistrado en la labor de administración de justicia, poseyendo capacidad de decisión en ámbitos administrativos (otorgar copias certificadas, refrendar resoluciones, autorizar actas, emitir razones e informes, colocar las tablas de causas, llevar el despacho, vigilar el cumplimiento de las notificaciones, etc.) y que, por lo general, se encuentra en relación más directa e inmediata con los usuarios del sistema que el magistrado judicial. Naturalmente, que no ingresan aquí como sujetos activos los secretarios ni los auxiliares de los órganos de control interno ni de las Comisiones Ejecutivas o Gobiernos Transitorios, pues dichas personas no forman parte –en su plano auxiliar– de la actividad jurisdiccional en sentido amplio de la administración de justicia.

En la práctica jurídica anterior a la aplicación del Código Procesal Penal, quien conducía los procedimientos y orientaba el criterio judicial resultaba en no pocos casos el secretario. De ahí también una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio; situación que, por cierto, ha variado notablemente con la implementación de dicho nuevo cuerpo de leyes procesales.

(153) Véase la Ley Orgánica de Poder Judicial, artículo 249 y ss.

2. Relator

Estamos con el relator ante un funcionario público, al igual que el secretario judicial, de gran importancia en el trabajo de la administración de justicia, cuya designación legal, marco de competencia, funciones y deberes se halla reglado en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al igual y con el mismo rango que los secretarios judiciales, los relatores se ubican tanto a nivel de salas superiores como en salas supremas, trabajando directamente con los jueces superiores y supremos, no existiendo relatores a nivel de juzgados. Se trata de un nivel de funcionarios expresamente regulado en la ley y cuyo marco de funciones se centra fundamentalmente en hacerse cargo del despacho judicial, de la preparación de las audiencias y de ejercer una labor de cuidado y vigilancia del trámite interno de las causas.

3. Especialista

En los juzgados civiles, es el sujeto público que reemplaza al secretario o escribano judicial, poseyendo sus mismas funciones. En los juzgados y salas penales el Especialista Judicial de Audiencia igualmente da cuenta de este auxiliar jurisdiccional.

4. Auxiliar jurisdiccional

Es toda aquella persona, profesional del Derecho o no, nombrada por el consejo ejecutivo distrital respectivo mediante concurso (en la práctica, por propuesta directa del juez) y que colabora dentro y fuera del juzgado o salas con los secretarios y jueces, básicamente emitiendo razones e informes, y asistiendo en diligencias y actuaciones. Así, los técnicos de juzgado y de sala. Su naturaleza jurídica laboral es la de servidores o empleados públicos.

5. Cualquier otro análogo

Lo análogo está en relación con los cargos de secretario judicial, relator, especialista o auxiliar jurisdiccional. Se ubican aquí los asistentes personales del juez o vocal, los coordinadores y asistentes (sean jurisdiccionales o administrativos). Se aprecia aquí, obviamente, una dificultad para la interpretación en el contenido de la cláusula de extensión analógica, lo cual era en cierto modo explicable en la redacción anterior del tipo que solo aludía al secretario o auxiliar de justicia. Puede considerarse, asimismo, que con dicha cláusula la norma penal quiere prever probables nuevos sujetos que cumplan funciones similares, conforme a la gama de consecuencias que traen consigo las reformas judiciales a que nos tienen acostumbrados las constantes y siempre fallidas reformas del Poder Judicial. No podrán ser sujetos

análogos quienes no cumplan las funciones de los consignados expresamente en el tipo penal 396, por ejemplo, secigristas, asistentes sociales, informáticos, de atención al público, de comunicaciones; los adscritos policiales, etc. También es debatible considerar que en el marco de la analogía de un auxiliar jurisdiccional ingresen los auxiliares fiscales (asistentes de función, abogados, técnicos) que se hallan integrados principalmente al plano de la persecución penal. Esta extensión analógica externa requeriría una expresa mención estipulativa, siendo por lo demás innecesaria al regir aquí el tipo genérico del artículo 393, en tanto dichos sujetos son servidores públicos.

En la práctica judicial, más allá de las atribuciones que fija la Ley Orgánica del Poder Judicial el MOF/ROF y las circulares respectivas, secretarios, relatores y en parte determinados asistentes tienen un poder real –no declarado expresamente– sobre el curso y naturaleza de las decisiones; son ellos quienes –en su mayoría– estudian los casos, proyectan y redactan materialmente las sentencias y demás resoluciones; práctica administrativa dominante que puede explicarse con base en dos interpretaciones: la lenidad y facilismo de un grueso sector de magistrados o las exigencias de un método y estilo de organización en la conducción interna de las causas.

Sujeto pasivo es la Administración Pública (administración de justicia).

IV. COMPORTAMIENTO TÍPICO

La concurrencia de funciones y atribuciones de los secretarios judiciales, relatores, especialistas y de los asistentes con las de los magistrados jurisdiccionales, la cercanía y contacto directo entre ambos grupos de sujetos públicos, hace de los primeros agentes vulnerables y pasibles de incurrir en cohecho pasivo, de conformidad al efecto remisivo establecido en el artículo 396. La conducta o comportamiento reprimible penalmente, en estricta remisión al artículo 395, es el hecho de que los secretarios, relatores, en parte también especialistas, auxiliares, o análogos a sabiendas soliciten y/o acepten donativos o ventajas con la finalidad de influir o decidir en las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento o competencia. No se trata de que los secretarios judiciales influyan a su vez en los jueces para lograr resoluciones tendenciosas, hipótesis en la cual responderían por actos decisionales de competencia de estos últimos a título de complicidad, instigación o, de acuerdo a las circunstancias, a título de tráfico de influencia. No es acertado entender que el tipo penal esté abarcando hipótesis en las cuales los auxiliares jurisdiccionales (en sentido amplio) decidan por los magistrados.

Es difícil hacer idéntica equiparación de tipicidad en el caso de los auxiliares de justicia en sentido estricto, pues carecen de la facultad de decidir

asuntos justiciables. Para hacer subsumible la equiparación se estará a los actos de estricta competencia de estos sujetos activos de delito[154].

La **jurisprudencia** de la Corte Suprema registra igualmente algunos casos de cohecho pasivo específico. En el R. N. N° 4582-2007-Piura, del 10/04/2008, la Sala Penal Transitoria, efectuando un análisis de tipicidad de los componentes del delito, precisó que, tomando en cuenta la gravedad de la pena, la influencia debía ser entendida como una influencia negativa; igualmente abordó conceptualmente el componente "a sabiendas", entendiéndolo en el sentido de que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores. El R. N. N° 3146-2001 sustanció el caso de un secretario de juzgado de paz letrado que solicitó y recibió de la quejosa un billete de 100 soles, para llevar a cabo una diligencia de embargo en un proceso de alimentos, considerando la Corte Suprema que los argumentos del procesado de haber sido inducido por la coprocesada no le quitaban responsabilidad en los hechos.

V. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de 5 a 8 años.

Inhabilitación (artículo 36 incisos 1 y 2).

La penalidad privativa de libertad disminuida con relación a la establecida en el artículo 395 se explica por la naturaleza menor del injusto penal, según la valoración político-penal efectuada por el legislador nacional, cuando el hecho es cometido por un colaborador jurisdiccional del juez. El menor poder de decisión de secretarios y auxiliares no lesiona el bien jurídico protegido en la magnitud que sí hacen los actos de los funcionarios contemplados en el artículo 395.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambos, secretarios y auxiliares, deberán obrar con dolo directo, es decir, a sabiendas de las pretensiones de quien accede a la solicitud o da el donativo.

(154) Véase sentencia de la Sala Penal de Loreto del 13 de julio de 1999, Exp. N° 97-197-191601-JP-01, en la cual un auxiliar de justicia que trabajaba en un juzgado de trabajo (técnico judicial) solicitó sumas de dinero a trabajadores litigantes que trataban de cobrar sus beneficios sociales (en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: *Serie de Jurisprudencia 4*, Lima, marzo del 2000, p. 420).

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Es aplicable aquí lo dicho para con la figura penal del artículo 395.

VIII. FASES NEGATIVAS DE DELITO EN LOS DELITOS DE COHECHO PASIVO (PROPIO, IMPROPIO, ESPECÍFICO)

1. Atipicidad

Por tratarse de delitos que focalizan el injusto penal con relación a los actos de competencia del cargo, se presenta atipicidad a título de autoría cuando el sujeto público ejecuta actos que están fuera de su competencia o de sus atribuciones, lo que configurará situaciones de complicidad o tipicidad de otros delitos.

- Si el sujeto activo no es funcionario o servidor público.
- Si el medio corruptor (elemento constituyente de la tipicidad) no está vinculado con los actos de función o servicio (aceptación de regalos como particular).
- Por error de tipo en las figuras en las que no se exige el elemento *«a sabiendas»*.
- Por inidoneidad del medio corruptor (donativo nimio, de valor afectivo, prácticas de cortesía social, convencionalismos inocuos).

2. Causas de justificación de la antijuricidad

Dado el papel de garante que cumple el funcionario o servidor público y las características propias de los delitos de cohecho pasivo, el carácter eximente de la ilicitud de las causas de justificación puede complicarse sin que llegue a excluirlas en determinados casos o en otros casos constituir causales de atenuación de la imputabilidad penal.

El consentimiento del concurrente no es causal de justificación ni de atenuación.

3. Causas de exculpación

Actúa excluyendo de culpabilidad el error de prohibición cuando es de naturaleza y fuerza insuperable. Por ejemplo, en el caso del funcionario o servidor que considera firmemente que la solicitud de pago que le hace al concurrente está conforme a Derecho, cuando ya ha sido eliminada.

IX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA. COHECHO PASIVO PROPIO E IMPROPIO

1. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), artículo 177 (texto derogado en 1993), cohecho impropio por comisión (acción): *Todo funcionario público del orden administrativo o judicial, todo agente o comisionado de una Administración Pública que hubiere aceptado ofrecimientos o promesas o recibido donativos o presentes para hacer un acto propio de su función o empleo aunque fuere justo, pero no sujeto a derecho, será castigado con la degradación cívica y condenado a una multa doble del valor de las promesas aceptadas o de las cosas recibidas».*

«Código Penal de Francia (1810), artículo 177 (segundo párrafo, texto derogado en 1993), cohecho pasivo impropio por omisión: *La presente disposición se aplicará a todo funcionario, agente o comisionado de la calidad arriba expresada que por medio de ofrecimientos o promesas aceptadas, dones o presentes recibidos, no ejecutare un acto comprendido en el orden de sus deberes».*

«Código Penal de Francia (1810), artículo 177 (tercer párrafo, texto derogado en 1993), cohecho pasivo propio de árbitro o perito: *Con la misma pena será castigado todo árbitro o perito nombrado, ya por el tribunal, ya por las partes que hubiere aceptado ofrecimientos o promesas o recibido dones o presentes para tomar un acuerdo o dar una opinión favorable a una de las partes».*

«Código Penal de Francia (1810), artículo 178, cohecho pasivo propio agravado: *En el caso en que la corrupción tuviere por objeto un hecho criminal que lleve consigo una pena mayor que la de la degradación cívica, esta pena mayor se aplicará también a los culpables».*

2. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 331 (texto vigente luego de la reforma del 20 de noviembre de 2015), aceptación de beneficios (*Vorteilsannahme*):

I. Un funcionario público, un funcionario público europeo o una persona especialmente obligado al servicio público que exija, permita que se le prometa o acepte una ventaja para sí o para tercero en el desempeño de sus funciones, será castigado con pena de privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

II. Un juez, miembro de un Tribunal de la Unión Europea o árbitro que exija un beneficio para sí o para un tercero, permita que se lo ofrezcan o lo admita por haber tomado una decisión judicial o tener prevista tomarla en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. La tentativa será punible.

III. El hecho no será punible de acuerdo al apartado I, cuando el autor se deje prometer o acepte una ventaja no exigida por él, y la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación, en el marco de sus facultades, o después para el caso de que el autor lo denuncie inmediatamente y reintegre entonces el beneficio recibido».

3. Proyecto de Código Penal suizo (1918)

«Proyecto de Código Penal suizo (1918), artículo 279, cohecho pasivo propio:

Las autoridades, funcionarios y personas llamadas a administrar justicia, así como los árbitros, peritos, traductores o intérpretes, delegados por la autoridad, que para realizar algún acto que implique violación de los deberes de su cargo, *solicitaren, aceptaren o se hicieren prometer alguna dádiva u otra ventaja a la que no tengan derecho, serán castigados con reclusión hasta 3 años o con prisión.*

La pena será de reclusión hasta cinco años o de prisión por un mes cuando menos, si por efecto de la corrupción el delincuente hubiere cometido la violación de los deberes de su cargo».

«Proyecto de Código Penal suizo (1918), artículo 280, cohecho pasivo impropio: *Las autoridades, funcionarios y personas llamadas a administrar justicia, así como los árbitros, peritos, traductores o intérpretes, delegados por la autoridad, que, para realizar un acto no contrario a sus deberes y que caiga dentro de sus funciones, solicitaren previamente, aceptaren o se hicieren prometer una dádiva u otra ventaja a la que no tengan derecho, serán castigados con prisión hasta 6 meses o multa.*

La dádiva o ventaja recibida o su valor quedarán a beneficio del Estado».

4. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), versión reformada en mayo del 2015. Artículo 318, corrupción pasiva impropia (*Corruzione per l'esercizio della funzione*):

El funcionario público, que para cumplir un acto de sus funciones o poderes indebidamente recibe, por sí o por un tercero, dinero, otra utilidad o acepta la promesa, será castigado con la pena de uno a seis años.

«Código Penal de Italia (1930), artículo 319, corrupción pasiva propia (antecedente y subsecuente) (*corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio*): *El funcionario público, que para omitir o retardar o por haber omitido o retardado un acto de su oficio o bien por cumplir o por haber cumplido un acto contrario a los deberes del oficio, recibe por sí o por un tercero, dinero u otra utilidad o acepta la promesa, será castigado con reclusión de seis a diez años».*

«Código Penal de Italia (1930), artículo 319-bis, *circonstance aggravanti:*

La pena se incrementa si el hecho contemplado en el artículo 319 implica la concesión de empleo, retribuciones, pensiones o la estipulación de contratos que afecten a la administración a la cual pertenece el funcionario público, así como el pago o reembolso de impuestos.

«Código Penal de Italia (1930), artículo 319-ter, corrupción en actos judiciales (cohecho pasivo propio específico): *Si los hechos indicados en los artículos 318 y 319 son cometidos para favorecer o dañar a una parte en un proceso civil, penal o administrativo, se aplica la pena de reclusión de seis a doce años.*

Si del hecho deriva injusta condena de alguien a reclusión no superior a 5 años, la pena es de reclusión de seis a catorce años. Si deriva injusta condena superior a cinco años o a condena perpetua, la pena será de reclusión de 6 a 20 años».

5. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 256: *Será reprimido con prisión de uno a seis años o reclusión e inhabilitación especial perpetua el funcionario público que por sí o por persona interpuesta recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, o para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones».*

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 257: *Será reprimido con prisión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que por sí o persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una*

promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir una resolución o fallo, en asuntos sometidos a su competencia».

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 259: *Será reprimido con prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta de 1 a 6 años el funcionario que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo.*

El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año».

6. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 141, cohecho propio: *El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remunerativa, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal».*

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 142, cohecho pasivo impropio: *El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.*

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en un asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término».

El Código Penal de Colombia del 2000 mantiene igual redacción de cohecho pasivo propio e impropio que el del año 1980. La diferencia estriba en las penas privativas de libertad, que han sido incrementadas.

7. España (1995). Antes de la reforma producida por Ley Orgánica 1-2015

«Código Penal de España (1995), artículo 419, cohecho pasivo propio:

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa».

«Código Penal de España (1995), artículo 421, cohecho pasivo propio por omisión:

Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

«Código Penal de España (1995), artículo 422, cohecho pasivo propio extensivo:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública».

«Código Penal de España (1995), artículo 425, cohecho pasivo impropio antecedente y consecuente:

La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años».

«Código Penal de España (1995), artículo 426, cohecho pasivo impropio atenuado:

La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses».

Código Penal español (1995) modificado por las Leyes Orgánicas 2-2010 y 1-2015

«Artículo 419. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito».

«Artículo 420. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años».

«Artículo 422. La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años».

8. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 248:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o para un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados».

«Código Penal de Chile (1874), artículo 248 bis:

El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de

reclusión menor en su grado medio, y además, con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargo u oficio público, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente».

9. México (1922)

«Código Penal de México (1922), artículo 272:

Al servidor público que por sí o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente para sí o para otro dinero o cualquier dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones, se le impondrán las siguientes sanciones:

I. Cuando la cantidad o el valor de la dádiva o promesa no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de uno a cuatro años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

II. Cuando la cantidad o el valor de la dádiva, promesa o prestación exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos a nueve años de prisión y de trescientos a ochocientos días multa».

10. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), artículo 145:

El funcionario público o autoridad que para hacer o dejar de hacer un acto relativo a sus funciones o contrario a los deberes de su cargo, recibiere directamente o por interpuesta persona, para sí o un tercero, dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare ofrecimientos o promesas, será sancionado con presidio de dos a seis años y multa de treinta a cien días».

Capítulo III

Los delitos de corrupción activa

1

CORRUPCIÓN ACTIVA GENÉRICA (PROPIA E IMPROPIA)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y las modificaciones producidas por Ley N° 28355. **III.** Bien jurídico específico protegido. **IV.** La naturaleza activa del delito. **V.** ¿Es el cohecho activo el reverso del cohecho pasivo? **VI.** Sujetos activo y pasivo. **VII.** Comportamientos típicos: 1. Primera modalidad delictiva: corrupción activa propia. 2. Segunda modalidad delictiva: corrupción activa impropia. **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Penalidad. **XI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación y exculpación. **XII.** Legislación comparada: 1. Francia (1810). 2. Alemania (1871). 3. Italia (1889). 4. Italia (1930). 5. España (1973). 6. Argentina (1922). 7. Colombia (1980). 8. Portugal (1982). 9. Brasil (1940). 10. Chile (1874).

Artículo 397: «*El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.*

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco

a setecientos treinta días multa» (texto según la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016. Anteriormente había sido reformado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013 y también por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

Tipo penal original (ubicado en el artículo 399)

Artículo 399: «*El que trata de corromper a un funcionario o servidor público con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.*

Si el agente trata de corromper para que el funcionario o servidor público haga u omita un acto propio de sus funciones, sin faltar a sus obligaciones, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa lo constituye el artículo 353 del Código Penal de 1924 (reformado por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981)[155]. La actual redacción del cohecho activo genérico observa influencias del Código Penal italiano de 1930.

II. LA FIGURA PENAL Y LAS MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LEY N° 28355

El cohecho activo, esto es, el que se origina en la actividad corruptora del –generalmente– particular en su relación con el funcionario/servidor público fue, al igual que el cohecho pasivo, severamente castigado por la legislación previa a la época de las codificaciones europeas del siglo XIX. En efecto, tanto la Ley de las XII Tablas como el Digesto, en el Derecho Romano, contemplaron hipótesis de castigo para el agente particular corruptor. En los antiguos Códigos castellanos, la Ley de las VII Partidas o Libro de Las Leyes (siglo XIII, reinado de Alfonso X, Rey de Castilla) y la Novísima Recopilación de Leyes (comienzos del siglo XIX), regularon la situación jurídica del que da dinero al juez, sea el acusador o el

(155) Artículo 353 del Código Penal de 1924: "*El que tratare de corromper a un funcionario con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase para que haga u omita un acto relativo a sus funciones, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de treinta a sesenta días.* Si el corruptor fuere funcionario público, será reprimido, además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 3 y 4 del artículo 27 por no menos de seis años".

acusado[156]. Los sucesivos e históricos Códigos penales españoles (desde el de 1822, artículos 460-461; de 1848 –artículo 307–; 1870 –artículo 402–: 1928 –artículo 473–; 1944/1973 –artículo 391 hasta el actual de 1995–) se han caracterizado por criminalizar esta modalidad de corrupción, al igual que los demás Códigos europeos paradigmáticos. No siempre el título de imputación fue el de autor de delito, sino que en algunos casos fue considerado cómplice del funcionario, merecedor de pena inferior a la del autor, tal como puede observarse en el artículo 307 del Código Penal español de 1848. Igualmente, fue objeto de debate si para que se configure el acto de corrupción del particular o *extraneus* era necesario que el funcionario acepte o bastaba con la sola propuesta u ofrecimiento del particular, afirmándose la segunda lectura ya en forma terminante con el Código Penal de 1928. Los Códigos españoles, igualmente al alemán, consideraron la hipótesis de un delito de corrupción atenuado en causa criminal cuando el agente corruptor era el cónyuge o familiar, castigándose solo con pena de multa[157].

Constituye un tipo penal que siempre ha suscitado polémica con relación a la homogeneidad o bilateralidad que presenta con el cohecho pasivo, dependiendo de la forma como se regule en las legislaciones nacionales ambas modalidades de delito. Sobre este delito, por lo general, no se ha discurrido con la soltura y profundidad que se observa en el cohecho pasivo, ello sin perjuicio de que la inmensa mayoría de las legislaciones penales lo contemplan y sancionan. En la doctrina brasileña, De Souza Nucci cita unas frases de Barros Filho e Praça, que condensan perfectamente con la naturaleza del sujeto que recurre a los actos de corrupción: "La corrupción se parece al crimen, pero la violencia física da paso a la astucia, al ingenio. Entonces, el corrupto es, sí, un bandido. Pero no cualquier chico malo. Sin sangre ni armas. Tampoco tiene que ver con un carterista

(156) Así, la Partida III, Título XXII, Ley XXVI describía lo siguiente: "No deben ser sin pena los contendientes que corrompen a los jueces que los han de juzgar. Dándoles o prometiéndoles algo para que juzguen torticeramente. E por esto decimos que si el acusador diere alguna cosa al juez que ha de juzgar para que dé juicio a tuerto contra el acusado, que debe perder la demanda e dar por libre al acusado, e sobre todo debe recibir tal pena en que aquella misma manera que de suso dijimos del juez que toma algo por el juicio que ha de dar en tal pleito como este. Mas si el acusado diese o prometiese al juez alguna cosa para que le juzgase por quito de aquello que le acusaban, debe haber tal pena como si conociese o le fuere probado lo que le ponen en la acusación contra él, pues bien se da a entender que era en culpa, pues que se trabajó en corromper al juez con dineros, salvo, si fuese esto cierta cosa, que no hiciera él aquel mal del que le acusaban, más que diera algo al juez con miedo que había de seguir el pleito, porque era hombre de flaco corazón", *Las siete partidas*, versión de José Sánchez Arcilla, Madrid, Editorial Reus, 2004, p. 550.

(157) Para un seguimiento histórico de los códigos españoles, véase, Vizueta Fernández, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, Comares, 2003, pp. 297 y ss.

malo, con pequeños robos o migas, con mera supervivencia, con satisfacer necesidades básicas o pasar hambre"[158].

En la legislación penal italiana se regula modalidades de instigación a la corrupción del funcionario. El Código Penal alemán (artículo 334) contiene, igual que el español, hipótesis legales de corrupción activa básica (pena de privación de libertad de tres meses a cinco años) y atenuada castigada con pena alternativa de hasta con dos años de pena privativa de libertad o multa, además de poseer tipos de corrupción activa específica. El Código alemán se caracteriza, además, por regular modalidad de corrupción activa antecedente y subsecuente.

Esta figura de cohecho activo, llamada también delito de soborno en otras legislaciones, se presenta en nuestro Código Penal como un tipo complejo que reproduce en parte las descripciones típicas del cohecho pasivo propio e impropio (artículos 393 y 394); no es, sin embargo, un delito de infracción de deber, sino un delito común o de dominio que contempla la misma pena al sujeto que da u ofrece mecanismo corruptor al sujeto público, no distinguiendo diferencias de injusto con relación a si el agente entrega o solo promete.

El artículo 397 ha regulado en los alcances del mismo tipo penal, en párrafos diferenciados, el cohecho activo propio como impropio, con la peculiaridad de que el cohecho activo impropio ejercido sobre funcionario o servidor público comprende tanto la modalidad comisiva como la omisiva. El Código no ha regulado penalmente el cohecho activo subsecuente.

Estamos, así, frente a un delito de corrupción de carácter genérico, ya que el sujeto activo de delito es indeterminado, al igual que los destinatarios de la acción: funcionarios o servidores en sentido amplio. El legislador de 2004 ha superado la imperfección técnica del de 1924 y 1991 consistente en normativizar la relevancia penal de las acciones típicas en función al intento, sin mencionar la consumación del mismo a nivel de resultado: «intente corromper o corrompa».

El Código Penal peruano no tiene figuras específicas de cohecho activo en el marco de las contrataciones públicas (artículo 424.3, que criminaliza al particular y a la entidad empresarial sociedad representada) ni en causa criminal a favor del reo por su cónyuge o familiar (artículo 425), que si están reguladas en el Código Penal español. Esta segunda modalidad, es

(158) De Souza Nucci, Guilherme, *Corrupçãao e anticorrupção*, Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 15.

particularmente significativa, frente a la cual la legislación española castiga con pena decididamente atenuada: 6 meses a un año de prisión.

Este tipo penal llamado tradicionalmente soborno o compra de los actos de función, fue radicalmente modificado, en la legislación penal nacional, por la Ley N° 28355. Posteriores reformas operadas por la Ley N° 30111 y el Decreto Legislativo N° 1243, terminarían confiriéndole su presentación legislativa actual. En particular la Ley N° 28355 produjo las siguientes reformas, que superaron varias de las deficiencias de redacción que ofrecía la fórmula normativa original:

A. Modificó los verbos rectores de la conducta típica, incorporando los términos «ofrece», «da» o «promete», a diferencia del «trata de corromper» que registraba la anterior redacción;

B. Amplió los alcances de las acciones típicas al agregar la frase «bajo cualquier modalidad»;

C. Varió igualmente la presentación de los medios corruptores, los mismos que ahora son el donativo (antes eran las dádivas), promesa, ventaja (antes eran ventajas de cualquier clase) o beneficio (la fórmula anterior no registraba el beneficio);

D. Sustituyó la frase «para que haga u omita» por «para que realice u omita».

E. La pena privativa de libertad ha sido incrementada.

F. Reubicó los contenidos descriptivos del cohecho activo en el artículo 397 del Código Penal

La Ley N° 30111 incorporó la pena de multa en los delitos de corrupción, tanto pasiva como activa. El Decreto Legislativo N° 1243, por su parte, anexó la pena de inhabilitación.

III. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

Además del bien jurídico genérico, que es común al objeto de tutela en el cohecho pasivo (es decir, el correcto funcionamiento de la Administración Pública), el objeto específico de la tutela penal en el cohecho activo genérico radica en brindar protección al ejercicio decisorio de las funciones públicas preservándola, preventiva y conminatoriamente, de los actos de corrupción de sujetos diversos inescrupulosos o, en otros términos, proteger indirectamente la imparcialidad con la que deben actuar los funcionarios/servidores públicos al adoptar sus decisiones, al igual que garantizar

a través de la conminación penal el respeto que se debe, de parte de los ciudadanos, al desarrollo funcional de la Administración Pública[159]. Se trata, como afirma MANZINI[160], de la conveniencia de intimidar y castigar a los sobornadores, si se quiere evitar que los funcionarios y los agentes moralmente más débiles cedan a los halagos de aquellos. Sin embargo, en la lógica del valor "imparcialidad", se torna discutible que las modalidades de simple actividad y peligro ofrece/promete que haya supuesto rechazo por parte del sujeto público vinculado que registra el delito de corrupción activa, afecten o pongan en peligro dicho principio basilar de la prestación de funciones y servicios públicos.

Sin embargo, en la doctrina penal existen criterios diversificados al respecto. Así, CASAS BARQUERO considera que el ámbito de protección está definido por evitar el detrimento de las funciones públicas, así como el normal desarrollo de tales funciones. MANZANARES SAMANIEGO es de la opinión que en el cohecho activo el particular falta al respeto debido a la actividad administrativa[161]. Sin embargo, la tesis dominante, como ha sido ya indicado, postula proteger indirectamente la imparcialidad con la que deben adoptar sus decisiones los funcionarios públicos, ya que los particulares no tienen deberes para con ella, pero sí pueden ponerla en peligro mediante sus comportamientos corruptores. Justamente, esta es la tesis resumida por RODRÍGUEZ PUERTA, para quien, efectivamente, los particulares no pueden afectar o violar el bien jurídico concreto, pues sobre ellos no pesa el deber de resolver con imparcialidad, sino tan solo la de dirigirse a la administración para formular sus pretensiones sin interferir en la toma de decisiones, utilizando los cauces lícitos para su obtención[162].

El bien jurídico se ataca aquí, con el delito de corrupción activa, desde fuera, a diferencia de lo que sucede con el cohecho pasivo, donde son los propios sujetos públicos, desde sus diferentes posiciones de poder estatal, quienes violentan el bien jurídico.

En sectores de la doctrina española se discute si el comportamiento del particular supone un ataque al bien jurídico, al punto de que sea necesaria la injerencia punitiva del Estado. VIZUETA FERNÁNDEZ, por ejemplo, se manifiesta contrario a considerar la corrupción activa un ilícito penal,

(159) Véase ORTS: en COBO DEL ROSAL y otros: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 477.

(160) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 281.

(161) Véase DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004, pp. 92-93.

(162) RODRÍGUEZ PUERTA, María José, *El delito de cohecho. Problemática jurídico penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 84.

dada su naturaleza de acto preparatorio y de su insuficiencia para afectar el bien jurídico protegido, planteando más bien tratarlo como un ilícito en vías extrapenales o, a lo sumo, a título de faltas[163]. En cambio, RODRÍGUEZ PUERTA matiza su lectura acerca de la irrelevancia penal del aporte del particular en delito de corrupción activa. Así, señala "que el reproche penal que corresponde al funcionario y al particular es semejante, desde la óptica del bien jurídico, cuando el acuerdo entre ambos sujetos persigue la obtención de una ventaja para el funcionario, como contrapartida por la realización de un acto injusto, propio del cargo (...). Sin embargo, la situación se plantea en términos completamente distintos, cuando el acuerdo entre funcionario y el particular tiene por objeto un acto propio del cargo o no prohibido. En estos supuestos, el particular que entrega la dádiva para obtener un acto conforme a derecho no actúa movido por la intención de conseguir una ventaja, pues el acto que pretendía obtener por precio ya era debido. De este modo, la única razón que puede llevar al particular a ofrecer o entregar la dádiva debe cifrarse en el "miedo" que el funcionario actúe injustamente de no mediar una recompensa, o, bien en un error (...), lo que justifica la decisión legal de sancionar únicamente al funcionario"[164].

IV. LA NATURALEZA ACTIVA DEL DELITO

El cohecho es activo no tanto con relación a la naturaleza de la acción, pues el funcionario o servidor que solicita está desarrollando también un comportamiento activo y, sin embargo, es imputado penalmente (en doctrina y legislación) a título de corrupción pasiva, sino en función al punto de origen donde se inicia la propuesta corruptora, es decir, del sujeto indeterminado. No es ya el funcionario o servidor quien solicita o acepta el punto de gravedad del injusto, la atención político-penal ha sido trasladada al agente que da, promete u ofrece medio corruptor al sujeto público. Allí se fundamenta la naturaleza activa del delito. Como es notorio, existe un forzamiento lingüístico en el significante del adjetivo *«activo»*, pero el consenso ha sido dado en tal dirección.

Los actos de soborno o corrupción resultan entonces de contenido esencial y exclusivamente activos. Los actos ejecutivos del sujeto indeterminado no pueden ser reputados omisivos, pues el hecho sería irrelevante penalmente para él.

(163) VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 313-314.

(164) RODRÍGUEZ PUERTA, José, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 288.

Debe tenerse en cuenta, sostiene Rusca que cuando el sobornador intenta inducir a un funcionario a que se comporte deslealmente, se introduce en una esfera –el ámbito de la Administración Pública– cuyo funcionamiento es de interés de todos los miembros de la sociedad, lo que posibilita el adelantamiento del castigo de la instigación en este contexto aun cuando dicho acto sea solamente un acto preparatorio de delito. Rusca fundamenta así político-criminalmente el castigo del cohecho activo que en vía de oferta no encuentra aceptación en la conducta del sujeto público(165).

V. ¿ES EL COHECHO ACTIVO EL REVERSO DEL COHECHO PASIVO?

Sin el deseo de ahondar el tema al respecto, entre cohecho pasivo y activo existen nexos vinculantes indudables (identidad de medios corruptores, naturaleza vinculante formal y fáctica similar) que ahora, con las nuevas modalidades de comisión "ofrece, da y promete" que han entrelazado más sus estructuras de tipicidad entre ambas clases de cohecho, acercan con mayor razón la relación estrecha o de homogeneidad entre estas modalidades delictivas básicas del cohecho, pero también siguen existiendo, como es natural, diferencias visibles al análisis comparativo: redacciones típicas con matices diferenciados, penalidades distintas, menor complejidad en el cohecho activo que solo admite cohecho antecedente, fórmula activa y omisiva en el cohecho activo impropio.

La tesis de la bilateralidad entre cohecho pasivo y activo gana así mayor fuerza, a diferencia de la fórmula anterior que solo se reducía a la hipótesis del que acepta, imputable al funcionario o servidor (artículo 393) vinculada con la del que trata de corromper (artículo 399) en su fase de terminación, lo cual como se verá luego, no necesariamente era reflejo de bilateralidad o plurisubjetividad. En suma, la respuesta es ahora mayor, existen vínculos innegables, pese a ser delitos con un marco de tipicidad propia.

(165) Rusca, Bruno, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Madrid, Marcial Pons, 2020, pp. 208-209. Rusca analiza la conveniencia de no criminalizar toda clase de sobornos: "el soborno representa para el funcionario una ganancia neta; en cambio, para el sobornador, constituye un 'gasto necesario' para obtener algo a cambio. En este sentido, a diferencia del agente estatal, el particular tiene una inversión que recuperar. Por tanto, si el cohecho activo fuera despenalizado y, además, el ciudadano pudiera recuperar el monto del soborno ello daría lugar a que, luego que el funcionario realice el acto prometido, muchos sobornadores denuncien el hecho a las autoridades".

VI. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo del delito puede ser cualquier persona, incluso otro funcionario y servidor público. Lo es también un militar o policía. Los particulares pueden ser personas naturales o jurídicas. En este último caso a través de sus representantes legales o personas directamente imputadas, dado que nuestro Código Penal no contempla aún la responsabilidad penal a título de autoría de las personas jurídicas y colectivos sociales.

Estas características amplias de autoría facilitan las diferentes formas de autoría y coautoría, además de la participación. El artículo 397 nacional, a diferencia de la técnica legislativa utilizada por otros códigos (Argentina, artículo 258; Portugal, artículo 374; entre otros), no ha empleado la fórmula directa-indirectamente o por interpósita persona.

El sujeto pasivo es el Estado.

VII. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

La corrupción activa genérica es una figura de cohecho antecedente de naturaleza compleja, pues prevé modalidades delictivas de naturaleza activa y omisiva, propia e impropia, además del empleo de un triple mecanismo corruptor alternativo.

El tipo penal del artículo 397 comprende las siguientes modalidades: **a)** cohecho activo propio en sus dos variantes: activa y omisiva; **b)** cohecho activo impropio, en sus dos variantes: activa y omisiva. Registrándose así una gran diferencia con el cohecho pasivo impropio que solo contempla la variante activa.

Los verbos rectores que definen las acciones típicas son: ofrecer, dar o prometer, en la fórmula derogada el núcleo rector era *«tratar de corromper para»*. Cualquiera de los verbos rectores define el delito al tratarse de acciones alternativas, esto es, no se requiere que todos concurran en el comportamiento del agente.

Los medios corruptores son el donativo, la promesa, ventaja o el beneficio, con la fórmula anterior eran las *dádivas*, *promesas* o *ventajas*.

Bruno Rusca, penalista argentino, en una valiosa monografía, siguiendo la literatura jurídica anglosajona, distingue entre *sobornos de hostigamiento* y *sobornos colusorios*, donde los primeros son los pagos que tiene que realizar el ciudadano al funcionario para obtener algo que legalmente le corresponde, tratándose de comportamientos de coacción o amenaza

en las que se encuentra el ciudadano viéndose obligado al pago para no sufrir un perjuicio a sus intereses; en cambio, los sobornos colusorios son aquellos en los que el ciudadano ofrece al funcionario mecanismo corruptor a cambio de recibir un beneficio que en principio no le correspondería. El soborno de hostigamiento no debería ser delito, mucho menos castigado y donde la coacción sería ya suficiente para eximir de responsabilidad penal al ciudadano, salvo que la coacción haya sido de escasa entidad(166).

1. Primera modalidad delictiva: corrupción activa propia

Esta modalidad está contenida en el primer párrafo del artículo 397.

Las acciones típicas y que configuran las modalidades de cohecho activo son ofrecer, dar o prometer a funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio(167), para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones(168). El legislador ha empleado en este tipo penal en forma conjunta los verbos rectores declinados "ofrece" y "promete", ambos de significado sustancial idéntico, diferenciados únicamente por el criterio de temporalidad. Como es fácil apreciar, se trata de un cohecho activo propio genérico, donde al igual que en el cohecho pasivo, encontramos una relación funcional entre el medio corruptor y la futura y probable acción u omisión violatoria de obligaciones, que es la que otorga sentido jurídico al acto de corrupción, más allá del dato material de los medios corruptores y que va a constituir el componente que permitirá descartar por irrelevantes penalmente una serie de hipótesis de hecho(169).

«**Ofrece**» un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio) define una acción de propuesta u ofertamiento unilateral de efectivización cercana o inmediata, que partiendo de un sujeto indeterminado va dirigida al funcionario o servidor público, quien poseyendo competencia (vinculación funcional) se compromete, a su vez, a realizar u omitir actos públicos de función o servicio que supongan quebrantamiento de sus obligaciones. El ofrecimiento es la oferta de donativo, ventaja o beneficio dirigida al funcionario/servidor directa o indirectamente, en relación de contigüidad e inmediatez temporal, es decir que se puede materializar en el mismo acto.

(166) Rusca, Bruno, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, cit., pp. 210 a 215.

(167) Véase el significado de tales expresiones *supra*, p. 34 y ss.

(168) Debe anotarse que aquí el legislador penal no ha incurrido en el desatino del artículo 393 en su versión original de 1991, de sustituir el término obligaciones por deberes.

(169) Véase en tal sentido el ejemplo propuesto por Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 418: administrado que ofrece una ayuda indispensable al funcionario para que este pueda cumplir con su función.

Esta modalidad de delito lleva consigo ya la existencia de un pacto de corrupción que pone en entredicho la imparcialidad del funcionario/servidor. La acción del sujeto activo se vincula así con la conducta del funcionario o servidor, que en un ámbito de relación sinalagmática acepta el medio corruptor en el contexto de la finalidad planteada por el agente. La consumación de esta modalidad de cohecho activo plantea, de tal modo, la existencia de una bilateralidad entre los sujetos que integran la plurisubjetividad del delito. No obstante, dicha bilateralidad no aparecerá si el sujeto público rechaza y desestima el ofrecimiento, lo cual no implica que nos situemos en un ámbito de tentativa para el agente, por cuanto en esta modalidad de cohecho activo el tipo es de simple actividad, no requiriendo para ser perfeccionado que se presente la aceptación de la contraparte del sujeto indeterminado, es decir, la negativa del sujeto público no impide que el delito se halle ya consumado. En el acto de ofrecer se pone de manifiesto un compromiso de dación o entrega o de prestación que asume el sujeto indeterminado, sin que ello suponga que efectivamente se entrega o concede medio corruptor al sujeto público o a un tercero según la indicación de dicho sujeto, o que este se vea forzado a cumplir o incumplir sus actos funcionales o de servicio. Claro que el ofrecimiento hecho directa o indirectamente por el particular a terceros no alcanzará todavía la tipicidad del cohecho activo, el cual exige que la acción penalmente relevante se produzca entre sujeto indeterminado y funcionario o servidor público vinculado.

A fin de no desbordar la aplicación de un Derecho Penal que puede convertirse en subjetivamente persecutorio, es bueno recordar las características de suficiencia e idoneidad que deben reunir los medios corruptores involucrados en la conducta típica ofrecer-aceptar(170).

En la relación que se establece entre el sujeto que ofrece y el funcionario o servidor que acepta, en un compromiso serio de la imparcialidad de los actos funcionales, VALEIJE ÁLVAREZ considera que se trata de prestaciones de carácter inmaterial, a diferencia de la relación dolosa establecida entre quien da y recibe de contenido material(171).

«**Da**» un medio corruptor (donativo, ventaja o beneficio), en cambio, y con referencia a la anterior variante, supone un acto de entrega material por parte del sujeto activo, y otra de recepción, por el sujeto público, que nos muestra un delito de resultado, en el que no basta el ofrecimiento, es más, no es el ofrecimiento elemento típico de esta modalidad; vista *ex post*

(170) Véase *supra*, pp. 82 y 13.

(171) VALEIJE ÁLVAREZ: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, cit., p. 121.

podría considerarse que entregas fallidas hagan radicar en el ofrecimiento o los intentos de entrega fases de tentativa. En forma similar (al ofrece-acepta), y con mayor fuerza aquí, se aprecia el carácter bilateral perfecto del cohecho activo-pasivo, dado que ello es condición del tipo para configurar la consumación.

Es bueno tomar en cuenta que, pese a tratarse de acciones alternativas, en determinados casos pueden concurrir tanto una acción de entrega como una de promesa, como cuando el donativo que el agente «da» es parte de lo que debe todavía completar más adelante; o bien se entrega un donativo en dinero, bienes muebles o inmuebles y se pacta en dicho acto (de entrega) o con antelación una ventaja futura consistente, por ejemplo, ascensos laborales.

«**Promete**» (donativo, ventaja beneficio), a diferencia de las acciones anteriores, es un comportamiento dirigido a futuro en cuanto a la concreción del donativo, ventaja o beneficio. Supone el pacto o acuerdo establecido entre los sujetos concurrentes en la acción típica (sujeto vinculado indeterminado y sujeto público) de entrega o concesión futura del donativo o ventaja, respectivamente, y de la recepción, es decir, de la negociación que hacen los agentes del acto de función o empleo, al igual que en las anteriores modalidades. Sin embargo, el comportamiento del sujeto indeterminado puede quedar en solo una manifestación de voluntad sin que el sujeto público se avenga o acepte la promesa.

La promesa puede jugar aquí el papel de una suerte de condicionamiento colocado a la entrega del donativo o la concesión de la ventaja –beneficio, esto es, previa realización u omisión del acto funcional o de empleo que suponga o bien violación de las obligaciones del sujeto público o su cumplimiento, como también la expresión que por circunstancias diversas el agente no puede cumplir con su prestación en el momento–. Por la promesa acuerdan ambos sujetos, el particular o sujeto indeterminado, cumplir a futuro con su ofrecimiento mediato, mientras que el funcionario o servidor se asegura para después el donativo, ventaja o beneficio. Que a futuro incumpla el que prometió es un curso causal hipotético que la norma no reputa causal de atipicidad, ni constituye circunstancia a valorar para mejorar la situación de los sujetos concurrentes.

Las tres acciones desvaloradas penalmente en el contexto del cohecho activo, ofrecer, dar o prometer, son de fronteras abiertas al emplear la norma penal la frase complementaria «bajo cualquier modalidad», es decir, directa o indirectamente (por acto propio o a través de terceros), explícita o implícitamente; en este último caso, bajo estándares de suficiente inequivocidad y direccionamiento de la conducta típica, de modo escrito u oralmente.

La lógica de las tres modalidades de cohecho activo con relación a los comportamientos típicos "ofrece, da y promete" es lograr el sujeto activo prestaciones funcionales o de servicio que generalmente favorecen sus intereses privados; en cambio, del lado del sujeto público, obtener el donativo, ventaja, promesa o beneficio indebidos que mejoran su situación económica o extrapatrimonial.

Comentarios a la fórmula de redacción típica anterior. No obstante haber sido ya superada la histórica frase «tratar de corromper» que rigió el modelo de cohecho activo desde el Código de 1924, se deja intacto el comentario a dicha redacción.

Tratar de corromper es una frase abierta de comportamientos ilícitos imputables al particular o sujeto público que mediante el empleo de los medios corruptores pretende determinar o inducir en el funcionario (o servidor) la realización u omisión de actos que trasgreden el marco reglado de sus deberes u obligaciones[172]. El tipo penal exige proceder a la verificación del contexto normado que delimita los deberes del sujeto público para completar la tipicidad del hecho. En deficiencia de pautas regladas se atenderá a la naturaleza discrecional de los actos que se reconduzcan en sujeción a los fines de la Administración Pública, las leyes y al ordenamiento jurídico nacional.

El núcleo rector es *«tratar de corromper para que haga u omita»*. Se ha empleado así una disposición o tendencia de contenido finalista que trabaja hacia futuro. Ante esta fórmula parcial de redacción elegida por el Código Penal peruano cabe plantearse el interrogante, sobre la tipicidad del hecho cuando el sujeto activo ya efectivamente corrompió al funcionario o servidor. Se presenta, obviamente, un problema de interpretación que habría sido felizmente superado si el legislador hubiera hecho uso en forma alternativa de los verbos *«trata»* o *«corrompe»*, los mismos que completan el *iter criminis* del delito. No obstante, la problemática está ya planteada innecesariamente, y ante la cual solo queda entender que estamos ante un tipo penal de tentativa elevada a calidad de delito consumado en fase de ejecución (delitos de emprendimiento o de consumación anticipada)[173]. En función a tal orientación político-criminal es ya irrelevante que se produzca o no la corrupción efectiva, pues la misma no agrega nada esencial al

(172) Me parece forzada la figura planteada por ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 418, cuando señala que la respuesta a una insinuación hecha por el funcionario configura ya cohecho activo. Tal supuesto necesita ser pormenorizado y matizado para que adquiera razonabilidad y admita relevancia penal por cohecho activo para el particular o, en general, para el sujeto indeterminado.

(173) Ver ROJAS VARGAS: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 285.

injusto penal del cohecho activo: el delito se consumó ya en el acto mismo de intentar corromper.

Ahora bien, la corrupción lograda actuando con los medios corruptores sobre el sujeto público ha de suponer que éste, bajo la motivación del medio corruptor, accede a la pretensión del sujeto activo del delito haciendo u omitiendo actos que trasgreden sus obligaciones. En tal hipótesis de terminación o agotamiento del cohecho activo cabe preguntarse ¿acaso no estamos en la tipicidad de una de las modalidades del cohecho pasivo propio, específicamente en aquella en la que el funcionario o servidor recibe o acepta donativo, promesa o ventaja? El tema tiene ahora más fácil respuesta, no obstante la dificultad que representa la pena más elevada del artículo 393 para un supuesto de hecho derivado contenido en el cohecho activo genérico del 397. Sobre este punto el Código español de 1995[174], a través del artículo 423 es explícito y señala que las penas aplicables al cohecho activo son las señaladas en las figuras de cohecho pasivo (artículos 419, 420, 421). Como se observa, la salida planteada por el legislador español se basa en un sistema de reenvíos que no es asumido por nuestra legislación penal[175]. A modo de conclusión cabe plantear, como respuesta al interrogante, que el delito sigue siendo de cohecho en fase de terminación, donde la pena es la misma para el sujeto activo, pese a haber traspasado el sujeto la fase ejecutiva que por sí sola ya consumó el ilícito penal, mientras que los actos de aceptación del medio corruptor por parte del sujeto público se reconducen por las figuras del cohecho pasivo.

La utilización en la fórmula derogada del pronombre indeterminado ***«algo»*** en lugar del sustantivo *«acto»*, que abonaba más la tesis de la autonomía delictiva del cohecho activo, planteaba la apertura típica a un contexto más amplio de posibilidades de violación de obligaciones. Hay que considerar acertado el reemplazo del término «algo» por la palabra más precisa y jurídica «acto».

Decíamos que el acto de *realizar* u *omitir* empleado en el tipo penal posee una orientación a futuro, es decir, ulteriormente realizable u omitible, que no requiere que el funcionario o servidor efectivice en el momento la pretensión ilícita del corruptor, ni mucho menos que lo haya practicado con antelación, pues esta última hipótesis se sale de la figura penal en análisis para configurar cohecho pasivo propio subsecuente (artículo 393, tercer supuesto).

(174) Véase *infra*, p. 193. El Código Penal argentino (artículo 258) remite al tipo de cohecho pasivo (artículo 256) para completar la figura de cohecho activo en lo atinente a los *quantums* de pena.

(175) Véase "Legislación extranjera".

La modalidad omisiva del cohecho activo propio, vista en los actos del funcionario o servidor público, puede corresponder, por ejemplo, a un no ordenar el lanzamiento de ley, hacerse de la «vista gorda», archivar el expediente, no acudir a una diligencia, no otorgar una licencia de construcción, no reponer a un trabajador estando obligado a ello, dejar pasar los plazos y términos de ley, etc. Tanto en la modalidad de cohecho activo propio comisivo y en la de cohecho activo propio omisivo contempladas en el artículo 397 queda claro que deberá tratarse de actos de competencia inherentes a la función, cargo o servicio del funcionario o servidor.

El sujeto activo del delito puede hacer uso de diversidad de formas para lograr su propósito, actuando personalmente, usando a terceras personas, en un solo acto o en varios intentos, por escrito o verbalmente, o como señala PORTOCARRERO, explícita o tácitamente[176]. En este segundo caso, por ejemplo, cuando va únicamente el regalo significativo quedando implícita la intención, que es internalizada por el sujeto público.

2. Segunda modalidad delictiva: corrupción activa impropia

La fórmula de cohecho activo impropio sigue en lo general los derroteros típicos de lo señalado para el cohecho pasivo impropio, con la lógica diferencia de que aquí el origen de la propuesta corruptora proviene de un sujeto indeterminado. Lo impropio radica entonces en el hecho de que el sujeto activo del delito corrompe (trata de corromper en el caso del ofrecimiento no aceptado) al funcionario o servidor para que este haga u omita un acto inherente a sus funciones o al ámbito del empleo sin faltar a sus obligaciones, es decir, para que actúe de conformidad a derecho (por cierto, con limitaciones si enfocamos el tema desde la perspectiva del derecho administrativo). Ni se viola formalmente la legalidad sustantiva ni se trata en propiedad de corrupción en sentido estricto. El núcleo del injusto penal, el centro de gravitación de la ilicitud se focaliza en el hecho del irrespeto del sujeto indeterminado a los agentes personalizados de la Administración Pública, quienes gozan de facultades y competencia para actuar u omitir en el contexto de las expectativas del sujeto activo. En el lenguaje popular se trata de engrasar la máquina burocrática para obtener fines no ilícitos.

Particularmente, es de considerar excesiva la penalidad fijada en la norma para el cohecho activo impropio, dado el mínimo nivel de ilicitud del comportamiento imputable (considerado político-criminalmente consumador de delito). Diversas son las razones que pueden motivar al sujeto

(176) Véase PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 224.

activo a orientarse por la corrupción activa impropia[177], las que pueden acentuarse según sea el tipo de sociedad y el grado de seriedad y garantías que brindan los órganos y los agentes de la Administración Pública: el temor a que el funcionario actúe injustamente, la costumbre muy usual en provincias de demostrar reverencias mediante donativos pequeños y presentes a los representantes del Estado, pero, sobre todo, la seguridad que le otorga al sujeto activo (y en gran modo le tranquiliza) el saber que producto del empleo de los medios «corruptores» el funcionario o el servidor público va a prestar atención y cuidado al caso, sacándolo del anonimato y la rutina. Entonces, existiendo un sistema de graves anomalías en el funcionamiento de la Administración Pública nacional, con funcionarios y servidores no siempre premunidos del espíritu de servicio, profesionalismo y diligencia en la tramitación y decisiones, no parece acertado ni proporcional exhibir un marco de fuerte penalidad.

Finalmente, debe observarse que la norma penal hace referencia al vinculante legal con las palabras «actos propios del cargo o empleo» y ya no a *«acto propio de sus funciones»,* que registraba la fórmula anterior, uniformizando así dichos vinculantes usados en las dos hipótesis del cohecho pasivo impropio[178].

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso. El sujeto activo debe obrar con voluntad propia y conociendo que está intentando corromper al funcionario o servidor público. En los comportamientos «da» y «promete» es elemento necesario del tipo el acuerdo de voluntades. La acción «ofrece» admite tanto el acuerdo como no. Carecen de relevancia los motivos extrapenales que haya tenido el sujeto activo para corromper o tratar de corromper. El contenido del dolo cubre así tanto el conocimiento que tiene el agente corruptor de su comportamiento de estar ofreciendo medio corruptor al sujeto público, de darle el medio corruptor o de prometerle. Igualmente, que está ante un funcionario o servidor público vinculado con actos de competencia o atribuciones, no frente a un sujeto público indeterminado. El dolo abarca también la circunstancia típica concerniente a que el medio corruptor es puesto en juego a los efectos de que el sujeto público vinculado realice u omita actos en violación de sus obligaciones (corrupción activa propia), o en cumplimiento de las mismas (corrupción activa impropia); nexo de

(177) Al respecto, MORALES PRATS, en QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1217.

(178) Ver *supra,* Tomo I, p. 697 y ss.; e *infra,* p. 369 y ss.

vinculación sin el cual decae el tipo, pues promesa, ofrecimiento o entrega que tiene otra etiología o se orienta a otra finalidad no configura tipo penal de corrupción activa. El dolo es directo en esta forma de corrupción activa antecedente.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La consumación será diferente según cual sea la acción de ofrecer, dar o prometer. La primera y al tercera, al tratarse de un delito de simple actividad, se realizarán típicamente con el ofrecimiento o propuesta actual y seria del sujeto indeterminado al funcionario o servidor público, no siendo requisito del tipo que este acepte o no, pues el núcleo del delito se halla en el comportamiento del agente, cuya acción desvalorada es suficiente para la consumación. De aceptar el sujeto público se presentará un concurso ideal con el cohecho pasivo propio genérico del artículo 393, si se trata de un juez o fiscal existirá cohecho pasivo específico del artículo 395, de concurrir los demás elementos típicos de dicho delito, lo cual, en ambos casos, supone necesariamente que la pretensión del sujeto activo llegue a conocimiento del funcionario o servidor público y se presenten los otros elementos del tipo.

En la variante que tiene a la acción «da», la consumación requiere un resultado, que consiste en que se produzca la recepción o entrega del medio corruptor, que planteará a su vez concurso con el delito de cohecho pasivo propio. En la variante que toma a la promesa como conducta típica, la consumación se realiza con el pacto entre el sujeto indeterminado y el sujeto público, dado que la promesa no es solo un prometer a futuro desvinculado de aceptación

Si el donativo, promesa, ventaja o beneficio están orientados a finalidades distintas de las establecidas en el tipo penal (realización u omisión de los actos de función o empleo en violación de sus obligaciones; realización u omisión de actos propios del cargo o empleo en cumplimiento de sus obligaciones), no existirá delito de corrupción activa, pues faltará la vinculación funcional entre los medios corruptores y la dirección de los actos funcionales o de servicio.

La admisión de tentativa estará en función a la naturaleza de los medios de los que se vale el sujeto activo para corromper[179]. Las tratativas idóneas y suficientes pueden configurar tentativa, sobre todo en la modalidad

(179) Véase en la ejecutoria suprema del 12 de enero de 1998, Exp. N° 1206-97-Junín, un caso de tentativa de corrupción activa de funcionario policial no acreditada con prueba alguna; asimismo, la ejecutoria suprema del 3 de abril de 1998, Exp. N° 5049-97-Lima.

«da». En este caso, de no llegar el medio corruptor a su destino, se hace factible la tentativa inacabada y el delito frustrado, incluso permite el desistimiento voluntario. La inidoneidad del medio faculta hablar de una tentativa inidónea o imposible.

X. PENALIDAD

- Modalidad de cohecho activo propio: 4 a 6 años de pena privativa de libertad. Inhabilitación y pena de 365 a 730 días-multa
- Modalidad de cohecho activo impropio: 3 a 5 años de pena privativa de libertad. Inhabilitación y pena de 365 a 730 días-multa.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Si no existe vinculación causal entre los medios ofrecidos y las razones de cargo o función, existirá atipicidad del delito de corrupción activa imputable al sujeto indeterminado(180). Así: donativos o promesas con relación a asuntos extrafuncionales (amistad, negocios, cortesías convencionales, agradecimientos no vinculantes, etc.) no ligados a actos, omisiones o decisiones propias del cargo o servicio del sujeto público. Igualmente, deben ser reputados actos ajustados socialmente ayudas, no motivadoras, a la Administración Pública como por ejemplo, el caso que coloca ABANTO VÁSQUEZ de sufragar la movilidad del funcionario o secretario al lugar de los hechos, o de llevar a los sujetos públicos en su automóvil(181).
- Es difícil concebir la tesis del error de tipo invencible en las hipótesis de cohecho genérico como en el específico.

2. Causas de justificación y exculpación

Por lo general, es causa relativamente admisible de justificación el estado de necesidad y de exculpación, el miedo insuperable a un mal mayor, los mismos que podrían producir sus efectos solo como atenuantes del injusto penal.

(180) Véase ejecutoria suprema del 12 de enero de 1998, Exp. N° 859-97-Lima, en conformidad al dictamen fiscal supremo. Un caso de donativo fuera del contexto funcional.

(181) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª edición, cit., p. 471.

La costumbre o las prácticas usuales de agasajos, regalos o ventajas dados a los funcionarios y/o servidores públicos no pueden constituirse, de forma general, en causales invocables de justificación o de atipicidad, de ser inequívoco el propósito motivador de las mismas.

El Código Penal peruano no contempla expresamente causales normativas de atenuación (lazos familiares, afectivos, de parentesco, etc.) en el caso de que se encuentren involucrados sujetos por cuyos asuntos judiciales o administrativos se pretende corromper a los funcionarios. Ni tampoco ha considerado como causal de exención para el caso del sujeto indeterminado el hecho de que denuncie ante la autoridad competente un acuerdo ocasional logrado con el sujeto público, asunto este último contemplado en el artículo 426 del Código Penal español de 1995, y obviamente discutible.

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), artículo 179: *El que por vías de hecho o amenazas hubiere obligado o intentado obligar, el que hubiere corrompido o intentado corromper con promesas, ofrecimientos, dones o presentes a una de las personas de la calidad expresada en el artículo 177, para obtener ya una opinión favorable, ya un juicio, estados, certificaciones o estimaciones contrarias a la verdad, ya emplear colocaciones adjudicaciones, empresas o cualesquiera otros beneficios, ya un acto cualquiera del ministerio del funcionario, comisionado o agente ya, en fin, la abstención de un acto que entrare en el ejercicio de sus deberes, será castigado con las mismas penas que la persona corrompida.*

Sin embargo, si las tentativas de violencia o corrupción no hubiesen tenido efecto ninguno, los autores de la misma serán condenados a un mínimo de tres meses o un máximo de seis meses de prisión y multa de trecientos francos».

2. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 333: *I. Quien ofrezca, prometa o conceda contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja por realizar en el futuro una actuación profesional que dependa de su criterio será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.*

II. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un juez o árbitro una ventaja por realizar en el futuro una actuación judicial será castigado con pena de privación de libertad de hasta tres años o con multa.

III. El hecho no será punible de acuerdo al apartado I cuando la autoridad competente, en el marco de sus competencias, haya permitido previamente la aceptación de la ventaja por parte del destinatario, o la permita ante la inmediata denuncia del destinatario».

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 334: *I. Quien ofrezca, prometa o conceda como contraprestación a un funcionario, a alguien especialmente obligado al servicio público o a un soldado del ejército una ventaja como contraprestación por haber realizado una actuación judicial, o por realizarla en el futuro, y, así, haya dañado o dañará sus deberes profesionales, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años. En casos de menor gravedad será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.*

II. Quien ofrezca, prometa o conceda a un juez o árbitro una ventaja como contraprestación.

1. *Por haber realizado una actuación judicial y, así, haya dañado sus deberes judiciales, o*

2. *Por realizarla en el futuro y, así dañará sus deberes judiciales, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años en los casos del número 1, y con pena de privación de libertad de seis meses a cinco años en los casos del número 2. La tentativa será punible.*

III. En caso de que el autor ofrezca, prometa o conceda la ventaja como contraprestación por una actuación futura, deberán aplicarse los apartados I y II si él trata de determinar al otro a que:

1. *Perjudique sus deberes durante la actuación, o*

2. *En la medida en que la actuación dependa de su decisión, que se deje influir, durante el ejercicio del juicio, por la ventaja*».

3. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 173: *Al que induzca a un funcionario público a cometer alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigado en el caso del artículo 171, con multa, y en caso del artículo 172 con las penas establecidas en el mismo.*

Si el funcionario no hubiere cometido el delito, el que ha intentado inducirlo incurrirá en las penas establecidas en el presente artículo, reducidas a la mitad».

4. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 322: *Cualquiera que ofrece o promete dinero u otra utilidad no debida a un funcionario público o a un encargado de servicio público para el ejercicio de sus funciones o facultades, está sujeto, si la oferta o promesa no es aceptada a la pena establecida en el artículo 318 (1 a 6 años), reducida en un tercio.*

Si la oferta o la promesa es hecha para inducir a un funcionario público o a un encargado de un servicio público a omitir o retardar un acto de su función o bien a hacer un acto contrario a sus deberes, el culpable será sometido, si la oferta o promesa no es aceptada, a la pena de reclusión de 2 a 5 años reducida en un tercio (...)».

5. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 391: *Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, o aceptaren sus solicitudes serán castigados con las mismas penas que éstos, menos la de inhabilitación (prisión menor y multa)».*

«Código Penal de España, artículo 392: *Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo, por parte de su cónyuge o de algún ascendiente, descendiente hermano o afín en los mismos grados, solo se impondrá al sobornante una multa equivalente al valor de la dádiva o promesa, sin que pueda bajar de 100,000 pesetas».*

Código Penal de España (1995) vigente, artículo 424 (reformado por la L.O. 1/2015 del 30 de marzo vigente desde el 1 de julio):

> *«1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo en función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.*

2. *Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que partícipe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos correspondan.*

3. *Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular, y en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años».*

Código Penal de España (1995) vigente, artículo 425 (reformado por la L.O 5/2010, del 22 de julio, vigente desde el 23 de diciembre)

«Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año».

6. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 258: *Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, directa o indirectamente, diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo. Si la dádiva se hiciere u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años. Si el culpable fuere funcionario público, sufrirá además inhabilitación especial de dos a seis en el primer caso y de tres a diez en el segundo».*

7. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 143: *El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por*

el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la administración por el mismo término».

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 407: *El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho meses (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta (66.60) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta meses (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses».*

8. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 423:

1. *Quien diere o prometiere a funcionario, por sí o por interpósita persona, dinero u otra ventaja patrimonial que al funcionario no le sean debidos, con los fines indicados en los artículos 420 y 421 será penado con prisión de hasta 6 meses o multa de hasta 30 días.*

2. *Si el delito hubiere sido cometido para evitar que el autor, sus parientes o afines hasta el tercer grado, se expongan al peligro de ser penados o ser sometidos a una reacción penal, puede el juez atenuar libremente la pena o eximir de ella al autor.*

3. *La exención de pena prevista en el número 4 del artículo 420 solo aprovechará al autor de la corrupción activa si él, voluntariamente, aceptare el rechazo de la promesa o la restitución del dinero o ventaja patrimonial que había hecho o dado.*

4. *El autor será igualmente eximido de pena en los casos en que la comisión del delito hubiera resultado de la solicitud o exigencia del funcionario como condición para la realización de actos de su respectiva competencia y el primero denunciare el delito a las autoridades».*

9. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 333: *Ofrecer o prometer ventaja indebida a funcionario público, para determinarlo a practicar, omitir o retardar actos de oficio: Pena-reclusión de 2 a 12 años y multa.*

La pena será aumentada en un tercio si en razón de ventaja o promesa, el funcionario retarda u omite actos de oficio, o practica actos infringiendo su deber funcional».

10. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 250: *El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de este o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.*

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado medio.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última».

2

COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO SOBRE MAGISTRADO, FISCAL, PERITO, ÁRBITRO, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO O ANÁLOGO (CORRUPCIÓN ACTIVA ESPECÍFICA AGRAVADA)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico específico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: 1. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo. 2. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo. 3. Abogado que, individualmente o formando parte de un estudio de abogados, ofrece, da o corrompe. 4. El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Penalidad.

Artículo 398: *«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» (texto según la modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016. Anteriormente fue modificado por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004; por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26/06/1996; y por la tercera disposición modificatoria de la Ley N° 26572, publicada el 05/01/1996).

Tipo original

Artículo 398: *"El que hace donativos, promesas o cualquier otra ventaja a un Juez, Árbitro, Fiscal o Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.*

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja se hace a un testigo, perito, traductor o intérprete, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años" (texto original modificado por el artículo 1 de la Ley N° 26643, publicada el 26/06/1996, y por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal nacional directo se halla en el artículo 352 del Código Penal de 1924 (reformado por Decreto Legislativo N° 121 del 12 de junio de 1981)[182].

El segundo párrafo del artículo 334 del Código Penal alemán regula el cohecho activo orientado al Juez y al Árbitro. La especificación de los destinatarios del soborno constituye una nota singular del Código peruano.

(182) Artículo 352: "*El que hiciere donativos, préstamos o financiare viajes, o prometiere cualquier otra ventaja a un juez, o miembro del tribunal administrativo, funcionario público, o árbitro con el objeto de influir en la resolución de una causa pendiente del fallo de esta, será reprimido con prisión no mayor de 6 años y multa de la renta de 60 a 120 días.*
Si se hiciere el donativo o el préstamo o financiamiento de viaje, o la promesa con el fin de obtener una sentencia favorable o adversa en causa penal, la pena será penitenciaria no mayor de 12 años y multa de la renta de 60 a 120 días.
La misma pena será impuesta si se tratare de testigo, perito, traductor o intérprete".

II. LA FIGURA PENAL

La presente figura penal de corrupción activa es una modalidad agravada con relación a la establecida en el artículo 397 del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa, luego de la extensa reforma de sus componentes y estructura sistemática, rasgos de complementariedad con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395, más allá de la penalidad marcadamente atenuada con relación a dicha figura penal de alta criminalización. Ambos delitos guardan bilateralidad en la mayoría de sus variantes, la que solo se rompe cuando el ofrecimiento no es aceptado por el sujeto público.

La reforma practicada por la Ley N° 28355 al tipo penal 398 que regula el cohecho activo propio específico, presenta las siguientes características:

A. Ha sido sustituido la frase rectora «el que hace» por los términos ofrece, da o promete, que poseen mayor capacidad comunicativa de las acciones típicas y que se utilizan en todas las modalidades de cohecho activo específico. De dicho modo se armonizan los verbos rectores tanto en el cohecho activo genérico como en el específico, lo que favorece la bilateralidad del cohecho pasivo-activo.

B. Se ha complementado las acciones típicas con la frase abierta «bajo cualquier modalidad», *ad simile* que el cohecho activo genérico;

C. Se observa que existe un desordenado tratamiento de los sujetos activos del delito, no conservándose el orden establecido por la fórmula del cohecho pasivo específico del artículo 395;

D. La extensión de los sujetos activos ahora va simplemente con las palabras «o análogo», a diferencia de la frase «o de cualquier otro análogo» de la fórmula sustituida;

E. La finalidad de las acciones típicas solo toman en cuenta el influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia del funcionario, es decir, no han desdoblado dicha orientación en «influir o decidir» que se aprecia en el artículo 395 del Código Penal;

F. Se ha eliminado la referencia a «proceso pendiente de fallo»;

G. Se ha integrado en un solo tipo penal la modalidad de delito (en la redacción anterior regulado en el artículo 398-A) que tiene en el abogado al sujeto activo, modalidad que figura ahora en el tercer párrafo del artículo 398, eliminándose aquí las absurdas

inhabilitaciones especiales establecidas a dicho sujeto activo en el anterior artículo 398-B; igualmente, se ha integrado en un solo subtipo la corrupción activa ejercida sobre secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor, intérprete; incluyéndose al análogo, que ahora es regulado en el segundo párrafo del artículo en mención. Por lo mismo, se han eliminado los artículos 398-A y 398-B. La referencia al perito ha sido desplazada hacia la primera modalidad del cohecho activo específico; ha sido eliminada la alusión a cualquier otro auxiliar jurisdiccional;

H. Las penas que incluyen la privativa de libertad y la inhabilitación accesoria mantienen ahora diferentes niveles de punición para las modalidades de cohecho activo específico.

Por lo demás, el modelo peruano es diferente a los que ofrecen las escasas legislaciones comparadas extranjeras que contemplan esta figura; por ejemplo, el Código Penal argentino especifica como destinatario solo al juez, mientras que el español y el colombiano solo conservan una fórmula genérica de cohecho activo.

III. BIEN JURÍDICO ESPECÍFICO PROTEGIDO

La norma penal busca preservar la regularidad y buen funcionamiento de la Administración Pública. En términos específicos o concretos, asegurar que los principios de imparcialidad y objetividad no sean puestos en peligro ni afectados (en la hipótesis de "entrega" medio corruptor) desde fuera de las instancias de la administración de justicia.

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Es una persona indeterminada, esto es, puede ser un particular: una persona natural, el directivo o representante de empresa privada, etc., como también puede ser sujeto activo otro funcionario o servidor público no vinculado, o, como suele decirse en la doctrina, que actúan como particulares. Estos diversos autores, de ser hallados culpables y merecedores de pena, se harán acreedores de una inhabilitación principal particularmente agravada por el artículo 38 del Código Penal según dispone el artículo 426.

Los destinatarios del donativo, promesa o ventaja involucrados en el cohecho activo (de manera excluyente: juez, fiscal, perito, árbitro, miembro del tribunal administrativo o análogo), responderán a título de cohecho pasivo específico agravado de la figura del artículo 395, de recibir «a

sabiendas» los medios corruptores o en todo caso en base a cohecho pasivo (artículo 393, primer supuesto típico: modalidad de aceptación).

V. SUJETO PASIVO

El titular del derecho afectado es el Estado.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Los verbos rectores son: ofrece, da o promete. En la anterior redacción era «el que hace».

Los *medios corruptores* son: donativo, ventaja o beneficio. En la anterior redacción eran donativo, promesa o cualquier otra ventaja.

El *objetivo del comportamiento típico* es: *influir* en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia. En la fórmula legal anterior era *influir* en la decisión de un proceso pendiente de fallo.

1. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo

El sujeto activo del delito bajo cualquier modalidad, directa o indirectamente, desarrolla actos de ofrecimiento, entrega o efectúa promesas[183]. Se trata así de acciones alternativas, cualquiera de ellas consuma el delito. Al igual que en las otras modalidades de cohecho el legislador hace uso de un tipo compuesto o plurisubsistente, caracterizado porque la conducta típica es plurimodal. Así, la acción «ofrecer» donativo al sujeto público específico con el objeto de influir en asunto sometido a su conocimiento o competencia se perfecciona por sí sola sin necesidad de que el agente tenga que «dar» el medio corruptor, la que perfeccionará otra variante del cohecho activo específico, si es que dicha acción no es la culminación del ofrecimiento.

Lo precisado con relación a las conductas típicas del cohecho activo genérico es aplicable por igual en el cohecho activo específico, lo mismo en cuanto a los medios corruptores.

Como se colige con facilidad, es este un delito de dominio mayoritariamente de concurrencia necesaria (bilateral o de concurrencia múltiple), donde el sujeto indeterminado (uno o varios) acuerda o pacta con el

(183) Véase *supra,* pp. 43 y 182.

funcionario concreto (juez, fiscal, etc.) para la búsqueda de un propósito definido: influir en el fallo; lo cual no resulta posible entenderlo del modo amplio como está planteado en el artículo 395; la frase "influir en la decisión de un asunto" concreta con mayor fuerza esta interpretación. No es imaginable en las modalidades «da» o «promete» la consumación de esta figura penal sin la presencia de uno y otro sujeto. Sin embargo, solo son autores de este delito los sujetos indeterminados o el abogado, los funcionarios específicos designados en la norma penal responderán a título de cohecho pasivo específico agravado o de cohecho pasivo simple, según sea el caso.

La redacción original del tipo penal (1991) empleaba en plural los medios corruptores. De lo que, y mediante una interpretación literal del texto, podía colegirse que la exigencia típica no resultaba suficiente si se hacía un donativo en singular, requiriéndose normativamente varios donativos (regalos, obsequios, transferencias de dinero, dádivas); interpretación válida igualmente para los demás medios corruptores. Sin embargo, tal exégesis tenía el defecto de pecar por exceso, lo que nos conducía a ciertas incongruencias, ya que varios donativos pueden ser de magnitud inferior a uno solo hecho por el sujeto activo, y además que no es tanto el monto o el número lo que define el cohecho, sino la venalidad del funcionario o servidor.

La figura penal no descarta que sean utilizadas terceras personas que faciliten o viabilicen la consumación del delito.

2. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo

No hay aquí una bilateralidad integral en términos de coherencia intrasistemática con el artículo 396 del Código Penal, dado que aquí varios de los sujetos específicos de destino de la acción de corrupción activa son diferentes a los contenidos en dicho artículo. En todo caso, cabe hablar de una bilateralidad parcial.

Con relación a los auxiliares jurisdiccionales (funcionarios y servidores públicos) en sentido amplio, cabe lo dicho anteriormente cuando se comentó el cohecho pasivo específico, solo que en el marco del cohecho activo específico no son estos sujetos quienes activan o realizan las conductas típicas, sino sobre quienes se proyectan las acciones activas y desvaloradas del agente indeterminado.

El testigo, traductor o intérprete posee ámbitos de competencia estrictos y de menor relevancia para la configuración final de la decisión fiscal, judicial o administrativa, pero sus aportes tienen una apreciable incidencia

en su formación, estando supeditados, por cierto, a la libre y racional apreciación y convicción del juez, fiscal, árbitro o tribunal administrativo. La incidencia de una traducción, las explicaciones del intérprete, o los dichos del testigo de excepción, son todos aportes decisivos para la formación de la decisión y que se inscriben en los alcances del tipo penal en tanto efectos deseados por el agente sobornador.

Se entiende que la referencia a los concurrentes se halla hecha en el contexto de actuación judicial o administrativa.

Es errónea la apreciación que ve en el testigo, perito, traductor e intérprete sujetos exclusivamente particulares(184) de modo de concluir que se trate de un cohecho activo sobre particulares. Todos los sujetos nominados y comprendidos en este segundo párrafo del artículo 398 se hallan participando con sus aportes en planos correlacionados y diversos de la Administración Pública de la justicia oficial, por lo mismo asumen para el Derecho Penal el rol focalizado, accidental y temporal extraordinario de agentes públicos equiparados(185). Los traductores e intérpretes pueden también ser funcionarios o servidores públicos, hipótesis en la cual no existirá problema alguno de interpretación a efectos de tomar en cuenta su estatus público, como también, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, pueden ser técnicos que sin formar parte de la Administración Pública adquieren para el Derecho Penal calidad equiparable a la del servidor público en razón a que están participando con sus actos en la actividad jurisdiccional. Situación extensible al testigo.

3. Abogado que, individualmente o formando parte de un estudio de abogados, ofrece, da o corrompe

La reforma traída consigo por la Ley N° 28355 suprimió los subtipos penales 398-A y 398-B, y recondujo la figura específica del abogado que corrompe al interior del artículo 398, solo que, agregando además la circunstancia de formar parte de estudio de abogados, con base en criterios criminológicos, no necesariamente dogmático-penales. Es positivo que se hayan eliminado las inhabilitaciones absolutas que contemplaba la norma anterior, pero no resulta coherente con un principio de proporcionalidad la múltiple interdicción con la que se conmina al abogado que ofrece, da o corrompe a los sujetos públicos consignados en el tipo, máxime si dicha

(184) Véase Hugo Álvarez: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, cit., p. 191.

(185) Véase *supra*, Tomo I, p. 169 y ss., el concepto amplio de funcionario público desde la perspectiva penal.

sanción no se contempla en la figura de cohecho pasivo específico para los funcionarios que aceptan o dan su complacencia a la promesa del abogado corruptor.

Cuando la norma emplea el término «corrompe» y no hace uso del verbo rector «promete» es obvio que se está apartando el legislador de la técnica legislativa utilizada e incurriendo en un error de generalización no recomendable, dado que igual corrompe el abogado o un tercero cuando «ofrece» que cuando «promete» medio corruptor al sujeto público.

El mensaje comunicativo implícito en la mención al «estudio de abogados» parte de una idea negativa del rol o de la práctica concreta que le toca cumplir a los abogados asociados en entidades colectivas o empresariales, que se explica coyuntural e históricamente en la intensa experiencia de corrupción que le tocó vivir al Perú y en especial a los ámbitos de la administración de justicia, en la que interactuaron focalizados e inescrupulosos estudios de abogados. Se hace necesario estudiar la conveniencia de seguir manteniendo en el tipo dicha alusión, dada la generalización nada positiva al respecto y su escasa o nula función en un subtipo penal que no le da una función propia.

4. El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia

Al ofrecer o concretar los donativos, ventajas o beneficios la finalidad buscada por el sujeto activo del delito es el poder encausar, orientar o dirigir la decisión o fallo de un proceso judicial o administrativo.

«Influir» es poseer la capacidad para determinar cursos de acción, o generar un estado de motivación tal de obrar en la voluntad o en los actos de alguien a efectos de lograr resultados deseados. La influencia es una forma de hacer que otro adecue sus actos a las expectativas del que ejerce influencia; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la del agente(186).

La influencia a la que se refiere el Código Penal en el artículo 398 es la que resulta del efecto motivador de los donativos, ventajas o beneficios aceptados o convenidos por el magistrado, para un acto futuro: el fallo. Es difícil evaluar la real eficacia motivadora del medio corruptor en la

(186) Sobre todo en el ámbito penal, donde los jueces, generalmente, deciden en virtud del criterio de conciencia, es decir, subjetivamente, pese a las exigencias normativas de las reglas de la sana crítica.

convicción del juez, árbitro, fiscal y otros para decidir conforme a las expectativas de quien soborna, pues ello se presta a subjetivizaciones, razón por la cual interesa mayormente el dato objetivo de la existencia de «asuntos» sometidos a conocimiento o competencia del funcionario que interesen a quien da o promete y que vinculan los actos del magistrado y/o sujeto público específico. Es esta una relación de semejanza fundamental con la estructura de tipicidad del cohecho pasivo específico del artículo 395 que alude a influir en la decisión de un *«asunto»,* y que antes de la reforma de 2004 constituía el factor de diferencia, pues el tipo penal aludía a proceso pendiente de fallo, lo que suponía restringir el ámbito de la tipicidad. Que el sujeto público haya sido efectivamente influido o no es una constatación que excede los alcances práctico-preventivos de la norma; basta para los fines del tipo penal que se haya producido el pacto ilícito y que se presuma racional y objetivamente que el objeto del mismo es para obtener una decisión sobre el asunto, ya sea este parcial o definitivo y que se halla en relación con las facultades y competencias legales de cada sujeto específico designado en la norma penal: sentencia, autos que resuelven incidentes o asuntos intermedios del proceso jurisdiccional (en el caso del juez); dictamen fiscal, resolución de archivamiento, acta de aplicación del principio de oportunidad (en el caso del fiscal), dictamen pericial (perito), fallos y laudos arbitral (árbitros), decisiones administrativas, etc.

Sobre la naturaleza del efecto deseado, es decir, sobre la orientación del *«acto de influir»*, pueden presentarse las hipótesis siguientes: **a)** que el objetivo buscado por el sobornante sea lograr decisiones conforme a derecho; **b)** que sea para obtener una decisión o fallo a favor contrariando el derecho; **c)** que el efecto buscado sea simplemente buscar resultados perjudiciales a la otra parte conforme o contra derecho, inclusive no siendo parte en el proceso dicho sujeto activo.

¿Se puede influir en los magistrados para lograr fallos conforme a derecho? El planteo de esta interrogante, que tiene gran similitud con el cohecho impropio, es contradictorio. Los magistrados conocen el derecho que asiste a las partes –resultado de la certeza adquirida mediante el proceso judicial–, así como del contenido de las leyes, y en tal contexto sus funciones son las de actuar con imparcialidad y objetividad para administrar justicia, por lo mismo pareciera que se torna inconsistente la posibilidad que la orientación de la influencia tenga tal dirección. No obstante, en el Perú, se puede aducir que la teoría funcionarial y la práctica real no guardan simetría, ya que determinados casos han sido fallados contra el derecho que asiste a las partes, ya sea por falta de idoneidad de los jueces, por factores extrajurídicos o por corrupción. En tal sentido, sigue siendo válida la primera hipótesis encerrada en la interrogante, más aún si tomamos

en cuenta la posibilidad de existencia de fallos arreglados o convenidos que no trasgreden las normas de la actividad funcionarial y que se fundamentan en el amplio margen de libertad de la que gozan los magistrados al momento de decidir con mayor o menor flexibilidad, con mayor o menor rigor[187]. Influir para lograr fallos favorables para sí o para terceros con perjuicio a alguna de las partes en el proceso, contrariando el derecho supone motivar al juez para que actúe decidiendo un fallo no motivado en la fuerza de las pruebas o la certeza del derecho que asiste a una de las partes, es decir, para dar fallos injustos. Se entrecruzan aquí la aparente incapacidad del magistrado con su conducta marcadamente tendenciosa. El hecho puede generar –si efectivamente actúa en tal dirección el magistrado– concurso con el delito de prevaricato (artículo 418).

La anterior redacción modificada por N° Ley 28355 hacía alusión a «proceso pendiente de fallo». Se deja tal y como estaba en la edición anterior el comentario a dicha frase.

El efecto motivador de los medios corruptores no está dirigido a influir o condicionar decisiones menores o asuntos secundarios; el comportamiento ilícito del agente apunta al fallo, es decir, a la decisión final de la instancia, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor. El fallo pendiente se entiende en función a las esferas de competencia de los magistrados citados en la norma. En el caso del fiscal, no hay duda que sus dictámenes constituyen en muchas de las veces la motivación fundante del fallo, teniendo gran peso argumentativo a nivel de instancias menores, pudiendo ser susceptible de la injerencia externa a nivel de cohecho activo específico. El *fallo* es producto de un proceso de múltiple determinaciones y condicionamientos: valoración de pruebas, determinaciones legales, argumentaciones, convicción y criterio de conciencia, a los que se agregan los factores extralegales (idoneidad profesional y moral del juez y de los demás funcionarios especificados), así como de otros elementos de diversa y difusa concurrencia. En este contexto se entiende ubicada la frase que usa el tipo: *«influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo»*, y donde los actos ejecutivos desplegados ameritan la presencia de formas de tentativa. La frase *«proceso pendiente de fallo»* alude, asimismo, a un criterio de temporalidad que destaca la inminencia o inmediatez de la decisión final del magistrado en su esfera o instancia de competencia.

(187) Véase *supra*, p. 204.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El sujeto activo dirige su comportamiento a un objetivo determinado. El dolo requerido es el dolo directo para el sujeto indeterminado y el abogado.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Esta figura clásica de soborno de funcionarios de la administración de justicia es de naturaleza activa, de carácter instantáneo y plurisubjetivo.

El delito se consuma, en el supuesto de ofrecer donativo, ventaja o beneficio con la simple actividad de ofrecimiento, sin que la no aceptación del funcionario sea de interés para destipificar el hecho; en cambio, la aceptación del sujeto público activará el concurso con delito de cohecho pasivo específico. En la modalidad o supuesto de dar donativo ventaja o beneficio, la consumación requiere de un acto material de entrega por parte del sujeto indeterminado o abogado y de recepción del sujeto público; aquí la bilateralidad es pronunciada. En el supuesto de la promesa realizada, estamos ante un delito de simple actividad que supone la concurrencia de dos voluntades la de prometer y aceptar la promesa, es decir, un pacto de mutuas complacencias. Bilateralidad que tiene sus limitaciones, como se ha indicado.

Que se produzca o no el efecto deseado por el sujeto activo del delito excede la tipicidad del delito (fase de agotamiento).

La tentativa será perfectamente admisible en el segundo supuesto y podrá presentarse en el tercero de existir fragmentación de actos ejecutivos.

IX. PENALIDAD

Privación de libertad de 5 a 8 años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa, cuando el cohecho activo específico es cometido por un sujeto indeterminado.

Privación de libertad de 4 a 8 años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.

Privación de libertad de 5 a 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.

Llama la atención que la pena de inhabilitación para el abogado siga siendo la más severa. La reforma no eliminó el inciso 8 del artículo 36 referido a la «privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio de que se hubiese servido el agente para cometer el delito». Se nota, sí, el efecto ejemplificador que busca la norma penal al castigar tan drásticamente al abogado que practica actos de corrupción sobre los funcionarios y servidores públicos específicamente designados en la norma penal. Abogados que pueden ser militares o policías y que incurren en cualquiera de las conductas típica son así comprendidos también con la sanción de inhabilitación.

A continuación, en el siguiente subcapítulo, y para efectos de su **apreciación histórica**, se ofrece el estudio realizado a la fórmula legal suprimida del tipo penal 398-A y 398-B del Código Penal.

3

CORRUPCIÓN ACTIVA EFECTUADA POR ABOGADO (Artículos 398-A y 398-B, derogados)[188]

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** La modalidad atenuada. **IV.** Penalidad. **V.** ¿Inhabilitación de efectos especiales o inhabilitación absoluta? (artículo 398-B). **VI.** Abuso legal de poder y arbitrariedad político-penal. **VII.** Modalidad atenuada de corrupción activa específica.

Artículo 398-A: *«Si en el caso del artículo 398, es Abogado el Agente del delito de corrupción de un Magistrado, Arbitro, Fiscal, Miembro de Tribunal Administrativo o de cualquier otro análogo, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1) a 8) del artículo 36 del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

Cuando el donativo, la promesa o cualquier otra ventaja la hace el Abogado a un Testigo, Perito, Traductor, Intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36, y con noventa a ciento veinte días-multa [Texto según la modificación efectuada por el Artículo 1 de la Ley N° 26643 de 26 de junio de 1996]».

(188) Estos tipos penales han sido derogados por Ley N° 28355 (06/10/2004); sin embargo, se ha decidido mantener los comentarios a estas normas derogadas a efectos de su estudio histórico. Cabe señalar que varios de sus componentes han sido reubicados en el artículo 398, cuyo análisis y comentarios se encuentran a partir de la página 195 de este tomo. Actualmente, el artículo 398-A hace alusión al cohecho activo de la función policial, y el artículo 398-B se ocupa de establecer la pena de inhabilitación para el que corrompa a un miembro de la Policía Nacional; inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36 del Código Penal. El análisis y comentarios al cohecho de la función policial, tanto activo como pasivo, pueden revisarse en: ROJAS VARGAS, Fidel: *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Grijley, 2020, pp. 517-522.

I. ANTECEDENTES LEGALES

No se registran antecedentes legales en códigos penales nacionales anteriores ni a nivel de las legislaciones penales occidentales que hayan determinado o influenciado en materia penal en el país. Se trata de otro de los ejemplos casuísticos a los que ha acudido, con frecuencia en este rubro de delitos de corrupción, el legislador peruano.

II. LA FIGURA PENAL

Obviamente, este es un tipo legal derivado y dependiente en su estructura típica del artículo 398, que fue anexado al Código Penal de 1991 vía Decreto Ley N° 25489 del 10 de mayo de 1992. La corrupción activa, en este caso específica, la efectúa exclusivamente el abogado, un profesional liberal que brinda servicios sociales de defensa y patrocinio (servicios de necesidad pública)[189] y que contribuye directamente a la administración de justicia. Con base en esta última consideración se entiende el marcado celo garantista y conminador del artículo 398-A.

Los sujetos que son pasibles de corrupción mediante donativo, promesa o ventaja (de cualquier naturaleza), además del juez, árbitro, fiscal o miembro de tribunal administrativo y análogo, pueden ser igualmente los testigos, peritos, intérpretes o cualquier auxiliar de justicia.

III. LA MODALIDAD ATENUADA

Los actos de corrupción realizados por el abogado sobre testigo, perito, traductor o intérprete o cualquier otro auxiliar jurisdiccional, merecerán una penalidad menor. Se explica esto por la menor trascendencia de los aportes de dichos sujetos concurrentes a la configuración del ilícito penal.

IV. PENALIDAD

La penalidad del abogado en la modalidad básica es triple y conjunta:

- Pena privativa de libertad de 5 a 10 años.
- Inhabilitación que comprende: **a)** privación de función cargo o comisión; **b)** incapacidad para obtener mandato, cargo empleo o comisión de carácter público; **c)** suspensión de derechos políticos; **d)** incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de

(189) Véase *supra*, Tomo I, p. 69 y ss.

tercero, profesión, comercio, arte o industria (inciso 4 del artículo 36); **e)** incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela; **f)** suspensión o cancelación para portar o hacer uso de armas de fuego; **g)** suspensión o cancelación de autorización para conducir vehículos; **h)** privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiere servido el agente para cometer el delito (inciso 8 del artículo 36). La pena de inhabilitación es aplicada a título de pena accesoria, es decir, por igual término que la privativa de libertad.

- Multa que va de 180 a 365 días/multa.

La penalidad de la modalidad atenuada de corrupción activa será de 4 a 8 años e inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria y multa de 90 a 120 días/multa.

V. ¿INHABILITACIÓN DE EFECTOS ESPECIALES O INHABILITACIÓN ABSOLUTA? (ARTÍCULO 398-B)

Veamos lo que dice el artículo 398-B: *«La inhabilitación que como accesoria de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior se imponga a los autores del delito de corrupción de magistrados será puesta en conocimiento de la Corte Superior de Justicia respectiva y del Fiscal Superior Decano para que en el caso del inciso 8 del artículo 36 se proceda a anular el asiento de inscripción en el Libro de Registro de Títulos; así como del Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente y de la Federación Nacional de Abogados del Perú, en el plazo de cinco (5) días para la suspensión o anulación de la colegiación.*

Igualmente, la inhabilitación impuesta de acuerdo al inciso 8) del artículo 36 será comunicada a la Universidad que otorgó el Título Profesional de Abogado al sentenciado, para que el Rectorado respectivo, en el plazo de ocho (8) días proceda a su cancelación»[(190)].

Demás está señalar la deficiente redacción y exagerada conminación preventiva de esta inhabilitación extraordinaria que se sale de los límites del principio de legalidad y proporcionalidad de las penas, colisionando con los principios tutelares del Derecho Penal peruano (Título Preliminar). El buscar anular de por vida al abogado que delinquió se torna así en un

(190) Con relación al artículo 398-B, véanse las precisiones indicadas en la nota anterior.

dispositivo penal fallido, anticonstitucional e impracticable, que revive la temida y execrable inhabilitación absoluta y perpetua.

Por lo demás, la formulación y existencia misma del artículo 398-A es abiertamente inconstitucional, pues se halla en abierta contradicción y oposición con la norma remisiva a la que hace alusión. En efecto, el inciso 8 del artículo 36 del Código Penal para nada guarda relación con la cancelación del título profesional de abogado, pues en las previsiones de su texto normativo la referencia es expresa para la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito. Nada justifica que la universidad que otorgó el título profesional de abogado al sentenciado proceda a cancelarlo, conforme prescribe el último párrafo del artículo 398-A. Dicha regulación es inaplicable, debiendo los jueces apelar al control difuso de dicha norma penal[191].

VI. ABUSO LEGAL DE PODER Y ARBITRARIEDAD POLÍTICO-PENAL

Los artículos 398-A y 398-B son abiertamente un exabrupto normativo y una expresión de abuso legal de poder que destruye la ya debatible sistemática y coherencia del código en materia de tratamiento legal de la corrupción. Resulta inexplicable el maximalismo punitivo y cancelador focalizado en función a la calidad que ostenta el abogado, olvidando que este no está limitado en su actividad por la posición de garante que sí poseen los magistrados aludidos en la figura penal y a quienes no se hacen extensivas las inhabilitaciones especiales, así como tampoco tiene el deber de imparcialidad que es obligatorio en los jueces. El tipo penal en estudio contradice así el principio penal de responsabilidad por el acto, sanciona con rigor inaceptable a uno de los concurrentes dejando al otro (u otros) fuera del alcance de las inhabilitaciones, lo cual es puro Derecho Penal de autor e hipocresía normativa en el manejo político penal del tema de la corrupción.

VII. MODALIDAD ATENUADA DE CORRUPCIÓN ACTIVA ESPECÍFICA

El Código Penal ha incluido una circunstancia de atenuación de pena en función a la calidad de los destinatarios, cuando el sujeto activo del

(191) Véase con mayor detalle Rojas Vargas, Fidel: "Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, N° 45, junio, Lima, 2002.

delito de corrupción, es decir, el abogado, hace donativo promesa o ventaja a un testigo, perito, traductor o intérprete. En la medida en que esta modalidad de corrupción activa se halla integrada a la fórmula descriptiva básica del primer párrafo del artículo 398, de la cual depende, se entiende que los aportes susceptibles de ser influenciados y que brinden a la administración de justicia los testigos, peritos, traductores e intérpretes deben de ser relevantes para la toma de decisión mediante el fallo, para que puedan ser evaluados en el contexto inherente a esta figura. Igualmente, está implícita en la formulación típica que se trata tanto de peritos, intérpretes y traductores oficiales y también particulares, no teniendo obviamente estos últimos la condición administrativa de servidores públicos, pero que resultan asimilables o equiparados a la calidad de servidores públicos.

El dolo con el que actúa el agente al sobornar a dichos partícipes indirectos en la administración de justicia es, igualmente, dolo directo.

El delito en esta modalidad atenuada se consuma en igual forma a lo dicho para con el primer párrafo del artículo 398.

De no existir soborno, el supuesto de hecho será subsumido en la figura del artículo 409 del Código Penal.

La penalidad aplicable en esta modalidad atenuada del 398-A sigue siendo elevada, de 4 a 8 años, más la pena de inhabilitación que incapacita para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria que deben especificarse en la sentencia y además la pena de multa que puede oscilar de 180 a 360 días-multa. Como se observa, se trata de una triple penalidad impuesta conjuntamente. No se impone en esta modalidad la inhabilitación especial al abogado que contiene el artículo 398-B.

Capítulo IV
Figuras especiales de corrupción

1

TRÁFICO DE INFLUENCIAS

SUMARIO: I. Antecedentes históricos. **II.** Antecedentes legales. **III.** La figura penal, las reformas practicadas y el Derecho comparado. **IV.** Bien jurídico protegido. **V.** Sujetos activo y pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Invocar influencias reales o simuladas. 2. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. 3. Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **XIX.** La circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo. **X** Penalidad. **XI.** La situación legal del interesado: coautor, cómplice, inductor, concurrente inocuo, víctima. **XII.** La situación legal del funcionario o servidor influenciado: acto infuncional, cohecho pasivo, prevaricato, abuso de autoridad. **XIII.** El rol del abogado y el ejercicio de influencias. **XIV.** Las influencias regladas. Los *lobbies*. **XV.** Estafa y tráfico de influencias. **XVI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XVII.** Problemática. **XVIII.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Italia (1930). 3. Colombia (1980). 4. Colombia (2000) 5. España (1973). 6. España (1995). 7. Argentina (Ley N° 25.188, que adiciona al Código Penal el artículo 256 bis). 8. Portugal (1995). 9. Chile (1874).

Artículo 400: «*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 días a setecientos treinta y cinco días-multa» (texto según las modificaciones efectuadas por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016, el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; y el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004. La Ley N° 29703, publicada el 10/06/2011 sustituyó el tipo penal por una fórmula legal que no contemplaba el tráfico simulado; sin embargo, fue derogado y sustituido por la fórmula legal anterior por acción de la Ley N° 29758, publicada el 21/07/2011).

Tipo penal sustituido

Artículo 400: *"El que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años".*

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Derecho Romano no desarrolló legislativamente el tema, no obstante que ya en tiempos del emperador ALEJANDRO SEVERO (222-235 d. C.), de especial importancia para la historia del Derecho[192], este mandó quemar vivo a VETRONIO TORINO, un traficante de influencias que ofrecía interceder ante él para lograr decisiones gubernamentales, a cambio de compensaciones económicas. VETRONIO, condenado a muerte, fue amarrado junto a un poste, prendiéndose fuego a la paja húmeda y leña verde, muriendo asfixiado por el humo. La pira sobre la cual fue quemado el infortunado llevó la siguiente inscripción: *«fumo punitur qui fumun vendidit»*. La base del castigo radicó, como indica DELAHAYE, en la idea de la injuria ocasionada al príncipe romano y en la necesidad de reprimir la avidez

(192) Durante su reinado se desarrolló con particular brillo el pensamiento jurídico, la legislación y la jurisprudencia imperial. Brindó un especial trato a los juristas en el asesoramiento y gestión de los asuntos de Estado, al punto de rodearse de importantes jurisconsultos –Ulpiano, Paulo, este último (Julius Paulus Prudentissimus) llegó a ser jefe de Despacho (*magister memoriae*) del emperador–, que conformaron el Consejo Jurídico Imperial de 70 miembros.

y la codicia inescrupulosa[193]. Así, la «venta de humo romana», además de adquirir inmortalidad metafórica, condensaría el sentido de lo que en la época revolucionaria francesa se denominaría «*Du trafic d'influence*», noción desarrollada por JOSSUE ya en 1771 como el hecho de recibir dinero para influenciar ante los magistrados con el objeto de favorecer intereses particulares, con evidente ofensa a aquellos[194]. El Código de las Dos Sicilias de 1809 e, igualmente, el Código de Parma de 1820 recogerían tal figura con la designación del *Millantato Credito*. El Código Penal francés de 1810 no contemplaría la figura penal de tráfico de influencias, que solo sería normativizado penalmente en 1889 con la Loi de 4 de juillet de ese año y más actualmente a través del *Code penal* de 1993, en los artículos 433-1 y 433-2, el mismo que sigue manteniendo la *venta de humo* en algunas de sus hipótesis de tráfico de influencias, mediante la regulación típica de las influencias supuestas.

La concepción romana de la *venta de humo,* que caracterizó la concepción tradicional del delito de tráfico de influencias (esbozada para abarcar estrictamente el mundo de poderes simulados o inexistentes con los que usualmente trabaja el traficante), ha sido dejada de lado en importantes legislaciones penales contemporáneas por no concordar con el ámbito de tutela de la norma penal y con la finalidad de dotar a dicha figura penal de requisitos concordantes con la lesión del bien jurídico, peligrosidad social y determinación de la conducta típica, propias de una sociedad más democrática y previsible normativamente. Esto explica que Códigos Penales como el español e italiano vigentes no contemplen las influencias simuladas o aparentes en sus figuras de tráfico de influencias. Como bien resumen FIANDACA y MUSCO, la teoría de la *venta de humo* entra en crisis en una sociedad liberal en la que se advierte la necesidad de excluir la dimensión del engaño de la noción de *millanteria*[195].

II. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa se halla en el artículo 353-A, anexada al Código Penal de 1924 por Decreto Legislativo N° 121, del 12 de junio de 1981[196].

(193) DELAHAYE, Pedro: "Le trafic d'influence", en *Revue de droit pénal et de criminologie*, N° 5, París, 1946-1947, p. 388.

(194) JOUSSE: *Traité de la justice criminelle en France* (1771), III, p. 783, citado por DELAHAYE: "Le trafic d'influence", cit., p. 388.

(195) FIANDACA y MUSCO: *Diritto Penale. PE*, cit., Vol. I, p. 309.

(196) Código Penal de 1924, artículo 353-A: "*El que invocando influencias reales o simuladas reciba, o haga dar, o prometer para sí o para un tercero, un donativo o una promesa o cualquier otra*

Las fuentes legales extranjeras las podemos encontrar con fuerza determinante en el artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980, también en parte en los artículos 204 y 346 de los Códigos Penales italianos de 1889 y 1930, respectivamente, y en el artículo 404 bis c) español, incorporado en 1991 en el Código Penal refundido de 1973.

A partir de 1990, son varias ya las legislaciones penales que han incorporado el delito de tráfico de influencias en sus cuerpos punitivos: España (1991, teniendo como fuente el artículo 473 del Proyecto de Código de 1980 y el artículo 407 del Anteproyecto del Código Penal de 1983), Portugal (1998), Argentina (1999), Chile (1999), además de Colombia que lo ha vuelto a confirmar en su Código Penal del 2000, país que fuera el primero que en América Latina regulara dicha figura penal en el Código de 1980.

III. LA FIGURA PENAL, LAS REFORMAS PRACTICADAS Y EL DERECHO COMPARADO

El hecho de haber tipificado la figura del comercio u oferta de influencias (conocida en la legislación italiana como *el «millantato credito»* o la «*vendita di fumo*») constituye, desde la lectura peruana de la corrupción, un acierto político-criminal, no obstante sus imperfecciones técnicas de redacción, las críticas en la doctrina y el simbolismo conminador con el que a menudo a lo largo de sus dos décadas de vigencia se ha visto rodeado en la práctica jurisdiccional. Este simbolismo súbitamente se ha resquebrajado con la serie de denuncias y procesamientos por dicho delito que ocupa hoy a los fiscales y jueces.

La Ley N° 28355 ha efectuado reformas parciales a la figura de tráfico de influencias, consistentes en incorporar junto a la acción de «invocar influencias reales o simuladas» el tenerlas; agregar el medio corruptor «beneficio» y ampliar las esferas de competencia del funcionario o servidor a quien se dirige la influencia para comprender el supuesto «que ha de conocer», además de las ya reguladas «esté conociendo» o «haya conocido». Se ha introducido además una circunstancia agravante al tipo penal en consideración a la calidad del sujeto activo funcionario o servidor público, con lo que se habría creado formalmente un delito especial impropio. Finalmente, la pena privativa de libertad ha sido incrementada. Cabe

ventaja, con el fin de interceder ante un funcionario o servidor público, que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con prisión no mayor de dos años y multa de la renta de veinte a cuarenta días.
Si el agente fuere funcionario público, será reprimido además con inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena".

señalar que la dación de la Ley N° 28024 (Ley de gestión de intereses ante la Administración Pública) y de su Reglamento, D. S. N° 099-2003, por la cual se regula la actividad de los gestores de intereses privados ante la gran mayoría de sectores de la Administración Pública, declara excluidas expresamente –de dicha actividad de orientación particular de las decisiones públicas– las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos, con lo que se preserva el ámbito de la relevancia penal de las conductas del delito de tráfico de influencia(197).

La reforma que produjo la Ley N° 29703 (junio 2011), consistente en suprimir del tipo penal la influencia simulada, no tuvo éxito, por lo que la Ley N° 29758 (julio 2011) restituyó el diseño mixto de la influencia real como de la simulada, en tanto prototipo del modelo peruano de esta modalidad de corrupción.

No todas las legislaciones penales tienen regulado el tráfico de influencias, incluso se ha llegado a cuestionar la legitimidad de penalizar un tema tan difícil de precisar como la influencia, sobre la cual no existen fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados(198). Se ha advertido de la innecesariedad de un delito autónomo que sancione el tráfico de influencias en general, al no cumplir con los requisitos de merecimiento de pena y dado su carácter residual(199).

El **Código Penal español vigente** ha regulado tres modalidades de tráfico de influencias, las dos primeras con igual penalidad, mientras que la última, si bien conserva idéntica pena privativa de la libertad, no consigna

(197) Véase una apreciación distinta en Bramont-Arias Torres, Luis A.: «La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 127, Lima, 2004, p. 94. Bramont-Arias es de la opinión de que la Ley N° 28024 viene a legalizar una conducta que antes de su vigencia en varios casos constituiría el delito de tráfico de influencias. Se estaría despenalizando un grupo de conductas subsumibles bajo la calificación de tráfico de influencias, en tanto que son realizadas por un gestor de intereses, cuya conducta pasa a estar legalmente justificada. El artículo 400 solo sería aplicable para los supuestos en que el gestor de negocios no actúe formalmente, es decir, sin cumplir los requisitos que se señalan expresamente en la ley y en su reglamento.

(198) Tal es la orientación que se observó en un buen sector de delegados de los países industrializados en los debates del Primer Periodo de Sesiones de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Corrupción, celebrada en la ciudad de Viena los días 18 de enero al 1 de febrero de 2002.

(199) Véase Rodríguez Collao y Ossandón Widow: *Delitos contra la función pública, el Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, cit., p. 335. Estos autores consideran que una regulación normativa para determinados supuestos de tráfico de influencias, tal como realiza el Código Penal chileno en sus artículos 240 bis y 248 bis, resulta más adecuada que una formulación general.

la pena de multa ni la de inhabilitación. La primera de dichas modalidades de tráfico de influencias está referida a la cometida por funcionario o autoridad que, prevaliéndose del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, influyere en otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para tercera persona. Mientras que la segunda modalidad, con iguales componentes de tipicidad, toma como sujeto activo del delito al particular que influyere(200). La tercera variedad de la fórmula española castiga de modo indeterminado a quienes se ofrecen a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores. Las dos modalidades de tráfico recogidas en los artículos 428 y 429 están construidas con el verbo rector declinado "influyere", esto es, con un contenido concreto de resultado en el comportamiento; no se criminaliza el para influir o el para interceder, que lo diferencia radicalmente del modelo peruano, que hace uso de una estructura típica distinta construida en una lógica de ofrecimiento de intercesión dirigida al usuario o interesado que hace de nuestro modelo una figura de simple actividad y peligro abstracto, sin importar que realmente se produzca la influencia. Destaca igualmente en la fórmula española que no ha regulado la modalidad aparente o simulada de esta variedad de tráfico. Donde existe cierta similitud del diseño español con el peruano es en el artículo 430, que contempla la conducta de dominio de los sujetos indeterminados que se ofrecen a realizar las conductas de influir en los funcionarios y autoridades mediante solicitud de dádivas, presentes o cualquier remuneración; no obstante, las diferencias van por el lado no solo de la pena, que es marcadamente inferior (seis meses a un año), sino por el de la forma de construcción de la conducta típica, definida por la acción de "ofreciéndose a realizar solicitaren mecanismo corruptor".

El **Código Penal italiano,** mediante los artículos 346, 346-Bis y 382, regula variadas hipótesis de *Millantato credito*, el primero criminaliza a quien presumiendo tener influencias sobre un funcionario o empleado público recibe o hace dar o prometer, para sí o para otro, dinero u otra utilidad como retribución de la mediación (castigado con pena de prisión de 1 a 5 años y multa de 516 a 3098 euros); el artículo 346-Bis hace mención a mediaciones ilícitas por fuera de los delitos de cohecho pasivo (castigado con pena de prisión de 1 a 3 años); el artículo 382 regula un tráfico de influencia realizado ante juez, fiscal, testigo, perito, intérprete, castigado con pena de 2 a 8 años.

(200) Véase "Legislación extranjera".

En el **Código Penal francés**, el delito de tráfico de influencias (*du trafic d'influence*), de evidente prosapia histórica, está regulado en el capítulo III, destinado a los atentados contra la Administración Pública cometidos por particulares, sección primera, que describe también comportamientos inherentes al cohecho activo, específicamente en el artículo 333.1 del Code penal, que criminaliza y castiga con pena de hasta 10 años de prisión, a quien abusa de su influencia real o simulada con la finalidad de obtener de una autoridad o de una Administración Pública distinciones, puestos de trabajo, contratos o cualquier otra decisión favorable. En el artículo 332.2 se contempla una modalidad atenuada de tráfico de influencias castigada con pena de hasta 5 años de prisión. Ambos artículos diversifican las modalidades de tráfico de influencias activa como pasiva, en tanto hecho delictivo en el que entran en juego los ofrecimientos, promesas, donativos, presentes o cualquier ventaja, al igual que regulan la hipótesis de ceder a la influencia. Es característica del modelo francés la gran amplitud de aplicaciones del delito, esto es, que se ha criminalizado vastos sectores de tráfico de influencias en la Administración Pública, a diferencia del modelo peruano, donde se destaca punitivamente solo el ámbito del caso judicial y del caso administrativo.

El **Código Penal austriaco**, mediante su artículo 308, contempla una compleja figura penal de tráfico de influencias (*Verbotene Intervention*), que tiene como autor al cualquiera "*que a sabiendas, directa o indirectamente, influya en un funcionario o un directivo de empresa, o un órgano de representación general, o un funcionario público extranjero, para que haga u omita un acto relativo al ejercicio de sus funciones que esté dentro de su competencia, y por esta influencia exija, admita o deje que le prometan, para sí mismo o un tercero un provecho patrimonial, será castigado hasta con tres años de pena privativa de libertad*". El segundo párrafo de este artículo llega a establecer que no será castigado el agente que exige, admita o acepte la promesa de tan solo un provecho patrimonial de escasa importancia, a menos que se cometa con fines comerciales. Igualmente, el tercer párrafo precisa que no se impondrá la pena prevista en el párrafo 1 a quien actúa dentro del marco de las facultades que le confiere una representación remunerada.

En el caso del reciente artículo 335 del **Código Penal portugués**, el delito de tráfico de influencias[201] ha recibido una singular sistematización, pues se lo ha ubicado en la sección «De los crímenes contra el Estado de Derecho». El modelo portugués ha ampliado expresamente el círculo de

(201) Véase "Legislación extranjera".

autores-partícipes para aludir a la utilización de la persona interpuesta, extiende la ventaja a la de naturaleza no patrimonial, precisando además el interés del usuario para quien el traficante efectúa la promesa de influencia (con el fin de obtener cualquier decisión ilícita favorable o decisión lícita favorable, habiendo sustituido las anteriores finalidades expresadas, en el texto de 1982, en la obtención de adjudicaciones, contratos, empleos, subsidios, beneficios u otras decisiones ilegales favorables). El modelo portugués ha sido construido, a diferencia del nacional, con un comportamiento de solicitar o aceptar para abusar de su influencia real o supuesta, sin hacer alusión a la acción de invocando o tenido influencias.

La Ley de Ética de la Función Pública argentina (Ley N° 25188, del 1 de noviembre de 1999), superando las insuficiencias de tipicidad evidenciadas por el artículo 256 del Código Penal vigente, incorporó a dicho cuerpo normativo el artículo 256 bis, como respuesta a las extendidas y variadas manifestaciones de tráfico de influencias, el mismo que contiene una fórmula simple y otra agravada de dicho delito. La primera castiga con pena de reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública al autor del delito, cuando dicho tráfico se practica ante cualquier funcionario; mientras que la segunda fórmula eleva el máximo de la pena a 12 años cuando se hace valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. En ambos casos, el **modelo argentino actual de tráfico de influencias** tiene la ventaja de precisar la orientación de la influencia ejercida por el traficante sobre el funcionario público (tipo simple) y sobre los magistrados señalados (tipo agravado). En el primer caso dice: «a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones»; en el segundo caso, el agente actúa ilícitamente «a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia».

El modelo argentino tiene la ventaja de haber incorporado precisiones de tipicidad a la figura penal de tráfico de influencias, dotándole de mayores cuotas de garantía al tipo penal, superando las ambigüedades observadas, por ejemplo, en la fórmula peruana. En efecto, las frases «el que por sí o por persona interpuesta», «promesa directa o indirecta», «para hacer valer indebidamente su influencia», además de las finalidades ya señaladas, son expresiones que confirman la orientación reportada con la reforma de la figura penal argentina de tráfico de influencias.

En el caso del artículo 332 del Código Penal de Brasil, este tiene la acertada decisión política y de redacción legislativa de haberlo incluido en el marco de los delitos cometidos por particulares contra la Administración

Pública, mediante la fórmula "solicitar, exigir, cobrar u obtener para sí o para otro ventaja o promesa de ventaja con el pretexto de influir en acto practicado por funcionario público en ejercicio de sus funciones". La tipicidad objetiva del tráfico que se observa aquí igualmente admite una lectura interpretativa de menor dificultad que la peruana.

El **Código Penal colombiano** (2000) fue modificado por acción de la Ley N° 1474/2011 en la redacción legal del artículo 411, que normativizaba el delito de tráfico de influencias –figura penal que estaba registrada ya en el Código Penal de 1936 y cuyo artículo 198 aludía desde entonces a la conducta de invocar influencias reales o simuladas, castigaba con pena de arresto de 15 días a 1 año y multa: "El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de quince días a un año"–, y que anexó al Código Penal del 2000 el tipo de tráfico de influencias cometido por particular (artículo 411-A), con el siguiente texto: "El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el objeto de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de cien a doscientos salarios mensuales vigentes". El artículo 411 establecía: "El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años y multa de cien a doscientos salarios mínimos vitales". La legislación penal colombiana sustituyó así el modelo del Código de 1980, que en su artículo 147 introdujo la fórmula –que nosotros en el año 1981, en parte, copiaríamos acríticamente para introducirla mediante el artículo 353-A en el Código Penal de 1924– **"El que invocando influencias reales o simuladas, haga dar o prometer para sí o para un tercero** dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado **que esté conociendo o haya de conocer** de un asunto o de algún testigo, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro y multa", fórmula que en el año 1995 sería reformada para agregar la frase "cualquier beneficio" e incluir la pena de interdicción de derechos y funciones públicas.

Otros Códigos Penales tienen redacciones propias diferenciadas y en algunos casos afines con los modelos colombiano, argentino o español, Así, el **Código de Puerto Rico** (artículo 261. Delito de Influencia Indebida: "Toda persona que obtenga o trate de obtener de otra cualquier beneficio al asegurar o pretender que se halla en aptitud de influir en cualquier forma

en la conducta de un funcionario o empleado público en lo que respecta al ejercicio de sus funciones (...) pena de reclusión de 3 años); de **Guatemala** (artículo 449-Bis: "Comete delito de tráfico de influencias, la persona que, por misma o por interpósita persona, o actuando como intermediaria, influya en un funcionario o empleado público, prevaliéndose para ello de su jerarquía, posición, amistad o cualquier otro vínculo personal para obtener un beneficio indebido, en un asunto que dicho funcionario o empleado esté conociendo o deba resolver, haya o no detrimento del patrimonio del Estado o de un tercero". La pena será de 2 a 6 años), de **Cuba** (artículo 151: "El que, ofreciendo hacer uso de influencias en un funcionario o empleado, simulándolas o prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal u oficial promueva o gestione la tramitación o resolución ilícita de negocios públicos; solicite o promueva alguna decisión [...]". El Código cubano diferencia la pena en función de si el agente es particular –3 a 8 años– o funcionario o empelado público –7 a 15 años–), de **Ecuador** (artículo 285: "Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución del Estado, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica ejerza influencia en otro u otro servidor para obtener una resolución favorable a sus intereses o de terceros [...]". Pena de 3 a 5 años. El Código Penal ecuatoriano regula modalidades agravadas cuando se favorece a personas naturales o jurídicas en contrataciones o negocios con el Estado), de **Honduras** (artículos 369-A, 369-B y 369-C, con fórmulas legales que siguen el modelo español: "El funcionario o empleado público que influya en otros funcionario o empleado público, prevaliéndose de las facultades de su cargo, para conseguir una resolución"; "El particular que influya"; "Los que ofreciéndose para realizar las conductas [...]").

Por cierto que en los diversos modelos normativos que ofrece la legislación comparada sobre el delito de tráfico de influencias no se ha criminalizado la simple influencia que pueda poseer el agente sobre los funcionarios públicos en general o, más precisamente, sobre determinados funcionarios públicos (el juez y fiscal), ya que 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 occidental que la castigue penalmente. En efecto, la sola existencia de influencia, la capacidad de influencia o de ejercicio de influencia consideradas, en tanto situaciones de hecho desprovistas de los aditamentos de tipicidad exigidas en la norma penal, carecen de interés penal. Los diseños político-criminales se han preocupado más bien en enfatizar el prevalimiento (del sujeto público) o 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, con la excepción en este último punto de los Códigos Penales español, de Guatemala y Honduras.

El Código Penal peruano de 1991, con relación al Código derogado, simplemente sustituyó el tiempo futuro de los verbos típicos complementarios «reciba o haga dar» por verbos construidos en tiempo presente («recibe, hace dar»), reemplazando además la frase *«con el fin de»*, por la de *«con el ofrecimiento de»*, manteniendo inalterables los demás componentes de redacción legislativa.

Como se observará, nuestro esquema típico de tráfico de influencias que tomó su fuente del Código Penal colombiano de 1936, difiere en muchos aspectos de los anotados modelos vigentes del Derecho comparado, acusando aún notorias imperfecciones técnicas de redacción, las mismas que se resumen en dos trascendentales: el empleo del verbo *invocar* en modo gerundio (*invocando*) y en una alejada noción gramatical de lo que se pretende significar. En efecto, ninguna de las acepciones posibles del verbo «invocar» (llamar alguien a otro en su favor o auxilio, alegar en defensa propia, acogerse a una ley y exponerla o alegarla) en su declinación «invocando» se concilian con el núcleo sustantivo de la tipicidad del delito (invocando influencias). Solo una interpretación teleológica que recree el sentido comunicativo del mensaje penal normativo es la única susceptible de salvar dicho entuerto lingüístico-jurídico. En concordancia con la interpretación teleológica indicada, la segunda gran dificultad se asienta en el sentido otorgado al núcleo de tipicidad del delito, al requerirse del traficante que este sea una suerte de pregonero de influencias, lo que no se contextualiza con las sofisticadas técnicas de corrupción que en la actualidad han sido puestas de manifiesto en el ámbito penalmente relevante de la Administración Pública.

A grandes rasgos, se puede decir del modelo peruano de tráfico de influencias que:

a) No constituye un delito de infracción de deber, el sujeto activo traficante de influencias no es un sujeto vinculado por deberes previos con la Administración Pública. Su ubicación en el contexto de los delitos cometidos por funcionarios públicos constituye la excepción a la regla, y se explica por su cercanía con el bien jurídico *"Administración Pública"*, al que llega a poner en peligro mediante una acción que afecta su buen nombre, en tanto institución positivizada y que, lejanamente, podría afectar el principio de imparcialidad, ya en fase de agotamiento del delito. La existencia

de la circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo funcionario o servidor público configura un delito especial impropio construido sobre la base de una conducta común realizable por cualquier persona, circunstancia que no cambia la naturaleza delictiva de dominio o común del tipo básico.

b) Es un ilícito penal de enriquecimiento real o probable (lo que dependerá de sus dos modalidades de comisión, esto es, según se reciba donativo o solo se produzca la promesa).

c) Posee una naturaleza jurídica de peligro y de simple actividad, en tanto la Administración Pública como bien jurídico no resulta lesionada, aunque la figura penal en su hipótesis recibe o hace dar requiere un resultado intraestructural concretado en el donativo o ventaja.

d) Constituye igualmente un delito de peligro abstracto y de resultado cortado que enfatiza su núcleo inicial de tipicidad en la invocación de posesión –reales o simuladas– de influencias dirigidas al interesado, y las concluye o perfecciona en el ofrecimiento de intercesión de influencias, bajo condición de mecanismo corruptor.

e) Desde una lectura general del *iter criminis,* reprime actos de preparación elevados normativamente a delito consumado (consumación anticipada o delitos de emprendimiento). El legislador ha efectuado una anticipación del ámbito de la tutela penal al no requerir en su plano de tipicidad que necesariamente se produzca la influencia sobre el sujeto público, lo que habla de su carácter cortado.

f) En el contexto anterior a la reforma de 2004 (Ley N° 28355), la omisión consistente en no haber incluido la agravante de la calidad funcional del autor del delito ha sido superada. En cambio, se mantienen las imperfecciones de (i) no haber precisado el contenido cuantitativo del ilícito, en tanto la frase «caso judicial o administrativo» abre un cúmulo amplio de posibilidades de tipicidad; (ii) mantener un espacio de dificultad para la calificación-interpretación, al no haberse regulado el papel que cumple el magistrado que es influido; y, finalmente, (iii) no destacar para nada la relevancia de la terminación del delito, en tanto concreción de la influencia, además de no enfatizar alguna calificación teleológica buscada con la misma.

El modelo peruano de tráfico de influencias, con una redacción que de seguro llamará la atención del concierto legislativo internacional, ha hecho básica o simple una construcción penal que en el contexto penal comparado es una expresión legal agravada del delito. En efecto, tanto en

los Códigos Penales italiano y argentino, por citar los textos punitivos de dos países, el influir o pretender influir sobre magistrados es una agravante que se castiga con penalidades que llegan hasta los 6 años de reclusión o prisión más inhabilitación perpetua, y 12 años de reclusión más multa, respectivamente, o 15 años en el caso del Código Penal cubano.

Finalmente, cabe justificar el delito de tráfico de influencias en tanto es una expresión jurídico-penal de corrupción sin vinculación funcional que completa el esquema de modalidades de corrupción penalmente relevantes.

Retomando el tema de la vinculación funcional, la norma penal no requiere que el autor del delito, en el caso de ser este funcionario o servidor público, se halle en una especial colocación con la Administración Pública en razón a sus deberes (como se observa, por ejemplo, en los delitos de peculado, cohecho pasivo o abuso de autoridad), siendo suficientes competencias generales propias de todo funcionario o servidor público, lo que permite extender el círculo de autores a cualquier sujeto público que invoque influencias y reciba medio corruptor con el ofrecimiento de interceder en los dos ámbitos o espacios de la Administración señalados expresamente por el tipo penal; hipótesis en la cual el traficante no viola obligaciones en función del cargo o sus atribuciones, sino que simplemente está abusando de una posición de ventaja que le da su status (en el caso de influencias reales). El acto de corrupción se torna evidente con la puesta en escena del medio corruptor (donativo-promesa o ventaja), pero se halla –como es fácil colegir– fuera de la esfera reglada específica de atribuciones.

La ausencia de vinculación funcional, por razón del cargo, atribución o función se advierte, con mayor razón, para el caso del particular que cumple el rol del traficante de influencias, pues este, al carecer de calidad especial, es un *extraneus* para con la Administración Pública, no poseyendo, por lo tanto, deberes que cumplir o violar, más allá de los roles comunes asignados a todo ciudadano; su acto de corrupción constituirá una veta de la aún incipiente criminalización-penalización de la corrupción privada, destacada a nivel de relevancia penal por su cercanía con la Administración Pública, a la que llega a afectar a nivel de peligro, no obstante no tener el autor un contacto material o funcional con la misma.

La existencia de la figura penal de tráfico de influencias, como acota Mir Puig, cubre un espacio no abarcado por el cohecho, respecto al que juega, en cierta forma, el papel de tipo residual[202].

(202) Mir Puig, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 253.

Son explicables las desazones de la profesora GUCAT MAURI, cuando al analizar el tipo penal peruano de tráfico de influencias advierte las "aparentes" insensateces legislativas de castigar el "ofrecer interceder del particular", en una suerte de moralización que jugaría la norma penal, más aún en tema de influencias simuladas. Así, nos dice: "En el Derecho Penal español, no se plantea idéntico problema, pues la letra de la ley exige algo más que interceder. Es preciso influir, prevaliéndose del ejercicio de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de la situación jerárquica o personal con el funcionario competente (artículos 428 y 429 CPE), u ofrecerse a hacerlo a cambio de precio (artículo 430 CPE). En este sentido, de modo generalizado, se entiende que solo incurre en responsabilidad penal por este título quien ejerce u ofrece ejercer una presión en grado inferior a las amenazas –que de darse nos situarían ante otro grupo de delitos– pero superior a la mera exposición y comunicación de los propios intereses, esperando una actuación favorable a los mismos"[203].

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Ofrece algún nivel de debate llegar a un consenso sobre cuál sea el bien jurídico protegido, de forma concreta, mediante esta figura penal, ya que lo que se castiga no es un entendimiento pecuniario e intelectivo entre el traficante y el funcionario vinculado, pues, de darse esta situación, los actos del primero serían absorbidos por el cohecho del segundo y, por lo mismo, la tipicidad de tráfico de influencias en el del cohecho pasivo, supuesto en el cual es fácil inferir que será el principio de imparcialidad el vulnerado, conforme lo asume, por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia dominante española. La atención de la norma penal está colocada en la invocación de influencias hecha por el traficante (un sujeto indeterminado, no necesariamente un funcionario o servidor público) al interesado, lo que nos coloca en un contexto de externalidad con relación a la Administración Pública y en un escenario de represión, en puridad –de actos preparatorios– y con una técnica de construcción de peligro abstracto. Esta peculiar configuración normativa del artículo 400 del Código Penal peruano llega incluso a colisionar con la ubicación del tráfico de influencias dentro del capítulo de «Los delitos cometidos por funcionarios públicos»[204].

(203) CUGAT MAURI, Miriam: "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11-11-2015 (Caso Aurelio Pastor) desde la perspectiva del Derecho Penal español", en *Actualidad Penal*, enero 2016, volumen 19, Lima, Instituto Pacífico, p. 58.

(204) Al respecto, véase la posición de María del Carmen GARCÍA CANTIZANO («Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias», en *Actualidad Jurídica*, T. 88, marzo, Lima, 2001, p. 60), quien da cuenta de las dificultades para la precisión del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias y en el análisis de la conducta típica del mismo. Señala dicha penalista que

Penalistas españoles, tomando como referente el diseño legislativo de su Código Penal, tales como FEIJÓO SÁNCHEZ, han acotado que lo que se busca proteger es la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no intereses particulares. Por su lado, POLAINO NAVARRETE ve en la incorruptibilidad del funcionario público el objeto de protección penal(205). En ambos casos tenemos un problema de regulación normativa que nos distancia de los estimados conceptuales de tan destacados profesores hispanos: el Código Penal español, en sus artículos 428 y 429, ha contemplado la figura penal de tráfico de influencias como un delito de resultado, donde tiene que darse necesariamente la influencia sobre el funcionario público, contexto que permite extender los criterios de objetividad y de incorruptibilidad de modo global a los traficantes y funcionarios. MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA, abonando la tesis de la imparcialidad como bien jurídico específico, la plantean del siguiente modo: en el delito de tráfico de influencias, solo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad, que se corresponde con aquella que concierne al particular en el delito de cohecho, concretada en la obligación de dirigirse a la Administración para formular sus peticiones sin interferir en la toma de decisiones, es decir, usando los cauces lícitos para su obtención(206). MIR PUIG es quien, resumiendo la doctrina mayoritaria sobre el tema, concluye que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública –conforme a los criterios de objetividad e imparcialidad– el bien jurídico protegido, posición que se contextualiza y llega a precisar mucho más cuando, precisando el objeto de tutela penal a través del artículo 404 bis c) del Código Penal español de 1973 (y que se reproduce en el artículo 430 del Código Penal español vigente –que es el que guarda similitud con nuestro artículo 400–), indica que, en rigor, con dicha figura no se atenta contra la objetividad e imparcialidad propias de la Administración Pública, se castiga la puesta en peligro en abstracto de la objetividad, aunque al ser dicho peligro tan lejano (no respetándose el principio de intervención mínima del Derecho Penal), concluye señalando conjuntamente con Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA SERNA que en realidad

solo de manera muy residual podemos referirnos a este delito como verdadero delito contra la Administración Pública, por lo que carecería de un concreto bien jurídico protegido.

(205) Citados por DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 230.

(206) MORALES PRATS, Fermín y RODRÍGUEZ PUERTAS, María José: "Del cohecho", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1759.

el bien jurídico afectado "parece ser más bien el prestigio y buen nombre de la Administración"[207].

Desde la **perspectiva portuguesa**, LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS consideran que la inclusión de este ilícito en el Código Penal obedece a propósitos de moralización del Estado como resultado de situaciones creadas por la modernización y globalización de la vida en sociedad[208]. Dichos penalistas llegan a interesantes conclusiones en razón al principio de ultima ratio, cuando nos dicen que la decisión buscada o pretendida debe llevar a una decisión que debe ser ilegal o ilícita, pues de no ser así no habrá delito (ídem, LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS: *Código Penal anotado,* cit., p, 1473). Con base en la nueva redacción del tipo legal que trae consigo la versión remozada 1995, reformada en 2001 y 2015, del Código Penal portugués, que, además de apartarse de la enumeración casuística de supuestos, apuesta por un tipo de peligro y simple actividad, afirman MIGUEZ GARCIA y CASTELA RIO: el bien jurídico protegido por el tipo penal sigue siendo la protección del Estado de Derecho constitucionalmente establecido, correspondiendo a una criminalización del Derecho Penal internacional, artículo 12 de la Convención contra la corrupción aprobada por el Consejo de Europa el 27/01/1999[209].

Giovanni FIANDACA y Enzo MUSCO comparten el criterio de que el bien protegido es la buena marcha y la imparcialidad de la Administración Pública, puestas en peligro con la conducta del traficante[210]. Hay que recordar que en el caso del Codice penale italiano tanto el artículo 346 como el 346-bis regulan hipótesis legales de *Millantato crédito*, caracterizados por una redacción legislativa que ha enfatizado el pago de una retribución por la efectivización del tráfico de influencias, lo que permite, efectivamente, considerar la imparcialidad, que se ha visto afectada, como bien jurídico específicamente protegido. No obstante, la jurisprudencia penal italiana sigue manteniendo la tesis de que el objeto de la tutela penal es exclusivamente el prestigio de la pública administración, haciendo aparecer como

(207) MIR PUIG, CARLOS: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal* cit., p. 261. GÓMEZ DE LA SERNA, Berdugo: "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGP, 1994, Tomo IV, p. 209. MIR PUIG sostiene que el tráfico de influencias del particular, caracterizado por que el agente se ofrece a hacer uso de influencias ante la autoridad, podría entenderse como una suerte de acto preparatorio en un delito de cohecho. Considera, asimismo, que la influencia debe ser real, pues, si fuera ficticia, estaríamos ante un delito de estafa.

(208) LEAL-HENRIQUES, Manuel y SIMAS SANTOS, Manuel: *Código Penal anotado*, 3ª ediçâo, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000, p. 1470.

(209) MIGUEZ GARCIA, M. y CASTELA RIO, J. M.: *Código Penal. Parte geral e especial*, cit., p. 1217.

(210) FIANDACA y MUSCO: *Diritto Penale. PE*, cit., vol. I, p. 310.

corrupto o corrompible un órgano de la misma, siendo la Administración única parte ofendida[211].

Resulta poco satisfactorio, desde nuestra fórmula normativa, sostener, como plantea ABANTO VÁSQUEZ, que es el principio de imparcialidad el que resulta lesionado[212]. En la misma orientación, REAÑO, CARO CORIA y SAN MARTÍN[213]. Considerar que en el delito de tráfico de influencias «también» 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, sin precisar cuál es (o cuáles son) el bien jurídico lesionado o puesto en peligro que complemente la acotación seguida después del adverbio «también», revela una forma imprecisa de determinar el objeto jurídico de tutela penal. Cabe advertir que ABANTO emplea el adverbio «también» después de haber negado que el bien jurídico a proteger sea el prestigio o el buen nombre de la Administración Pública. Es claro que el citado penalista acusa de forma evidente una fuerte influencia de la doctrina española, que trabaja con una fórmula legal de estructura típica diferente a la peruana y más variada de tráfico de influencias, en cuyas dos de sus tres expresiones legales efectivamente se compromete el principio de imparcialidad del funcionario público o autoridad, mas no así en la tercera expresión regulada en el artículo 430 del Código de 1995 (artículo 404 bis c del derogado Código de 1973): "*Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa*". Modalidad en esta última que, al igual que en la fórmula nacional del artículo 400 del Código Penal, no está en juego la labor funcional de los magistrados o servidores jurisdiccionales, siendo, por lo mismo, incorrecto postular que aquí en esta modalidad, donde se adelantan las barreras de protección y se castigan, en propiedad, actos preparatorios, se proteja la imparcialidad de la Administración[214]. ABANTO, sin abandonar su inicial posición, ha diversificado en parte su tesis acerca del bien jurídico específicamente protegido, cuando luego de considerar que el pacto injusto entre privados equivale a una

(211) Cass. Pen., sez. I, 6, sent 36676 de 06/09/2013; ídem Cass. Pen, sez. 6, sent. 5569 del 13/05/1998; ídem, Cass. Pen. sez. 5, sent 8043, de 08/10/1983.

(212) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 463.

(213) REAÑO P., José Leandro; CARO CORIA, Dino Carlos; y SAN MARTÍN C., César Eugenio: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2003, p. 37.

(214) Véase MIR PUIG, Santiago: *Comentarios al Código Penal*, en CORCOY BIDASOLO, Mirenxtu y MIR PUIG, Santiago, cit., p. 1449.

compra de la función pública, indica que en última instancia y en todos los supuestos resulta explicable que sea realmente lesionado "el carácter público de la función pública. A través de esto resalta el peligro para la imparcialidad y, eventualmente, la legalidad del ejercicio funcionarial"[215]. Por cierto, que no es exacto, jurídico-dogmáticamente que el acuerdo de traficar constituya necesariamente una compra de la función pública, como que sea el bien jurídico concreto el carácter público de la función, frase por demás pleonásmica.

CUGAT MAURI es la penalista española que ha sostenido con fuerza que en las tres modalidades de tráfico de influencias por igual se protege la imparcialidad, entendida en tanto la aplicación objetiva de la ley, rechazando que sea el prestigio el bien protegido, con base en el argumento de que las conductas de tráfico no están referidas al tráfico de influencias en general, sino a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores (artículos 428 y 429, tráfico de influencias de funcionario y de particular que influyere)[216]. El sentido de la crítica de CUGAT MAURI es equivocado, pues el artículo 430 no está construido sobre la base de una conducta de resultado, sino en referencia a "los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los dos artículos anteriores", esto es, a una conducta de extrema anticipación, donde el núcleo de la ilicitud radica en la actitud de ofrecimiento del particular, no en realizar o haber realizado el tráfico de influencias. Esto, incluso, ha llevado a sectores importantes de dicha doctrina a considerar que en el delito de tráfico de influencias de particulares, conforme a las descripciones del artículo 430, sea difícil de encontrar un bien jurídico tutelado de suficiente entidad[217].

Abundando en detalles, la imparcialidad se afecta, por ejemplo, en el diseño de tráfico de influencias que mantiene en la actualidad el **Código Penal chileno**, cuyos artículos 240 bis y 250 (en ambos casos en su segundo párrafo) toman como autor del delito al empleado público, no al sujeto indeterminado, que con infracción al deber del cargo ejerce influencia

(215) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Tráfico de influencias en Perú", en ABANTO VÁSQUEZ y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS: *El delito de tráfico de influencias*, Lima, Instituto Pacífico, 2019, p. 101.

(216) CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, Cedecs editorial, 1997, p. 104. En igual posición, la doctrina española mayoritaria, en algunos casos admitiendo otros valores: MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, MORALES PRATS, CATALÁN SENDER, ORTS BERENGUER, entre otros. LOMBANA VILLALBA, Jaime, penalista colombiano, en su obra *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014, p. 174, al analizar los delitos de tráfico de influencia en la legislación española concluye que el objeto tutelado en el ejercicio de influencias (artículos 428 y 429) son los principios de imparcialidad y objetividad, pero no del funcionario, sino de las actuaciones de la Administración Pública.

(217) MORILLAS CUEVAS: *Sistema de Derecho Penal*, cit., p. 1166.

en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (artículo 250). Con mayor razón en la legislación española, la que en su regulación del tráfico de influencias incide (igualmente en dos de sus variantes) en la acción del funcionario público que se prevale o aprovecha del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal (con el funcionario sobre quien actúa) y consigue (artículo 404 bis a, «para conseguir», artículo 428) una resolución; con menor intensidad se puede predicar en la variante que toma al sujeto indeterminado como sujeto activo (artículo 429), pues este deberá influir efectivamente en el sujeto público («El particular que influyere»). En el caso del Código Penal colombiano (artículos 411 y 432), diferente a nuestro modelo de tráfico de influencias, al igual que en las legislaciones anteriores mencionadas, el principio de imparcialidad, en tanto bien jurídico protegido, encuentra igual sustento, dado que, en ambos tipos penales, la conducta típica solo puede ser cometida (artículo 411) por el funcionario público que utilice indebidamente influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, y cuando (artículo 411-A) el particular ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público.

En el **caso del Código Penal argentino**, el delito de tráfico de influencias (artículos 256-Bis y 258, en una más amplia variedad de expresiones típicas que la fórmula peruana) ha sido estructurado con la frase "para hacer valer indebidamente su influencia" ante funcionario público. El "para hacer valer", si bien tiene un significado de aproximación más evidente que la fórmula nacional, que hace uso de la frase "con el objeto de interceder"; sin embargo, se halla en el mismo rango del delito de simple actividad y de emprendimiento que lo diferencia nítidamente de la fórmula española. Esta característica de tipicidad del diseño argentino ha llevado a la doctrina de dicho país a considerar que lo que el bien jurídico específico tutela con este delito es la imparcialidad de los funcionarios de la Administración Pública. Así, CREUS: resguardar especialmente la imparcialidad, objetividad y libertad moral de sus funcionarios, garantizando de esta manera la plena vigencia de un Estado de Derecho moderno, inspirado en los valores que informan la ética pública y la transparencia en los procesos de decisión y gestión estatales, donde deben primar los intereses generales frente a los intereses o pretensiones particulares o de grupos de poder o influencia[218]. Es notorio que el bien jurídico está tomado para un

(218) Ídem, en los mismos términos, BUOMPADRE, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* 3, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 222. Ídem, ABOSO, Gustavo Eduardo: Código Penal de la República argentina, cit., p. 1380; Ídem, CLEMENTE, José y RÍOS, Carlos: *Cohecho y tráfico*

tráfico de influencias efectivo, a la usanza española, no propiamente para una figura de corrupción anticipada como lo es la fórmula argentina.

Resumiendo y con base en las particularidades del diseño legislativo peruano, un delito de dominio y de anticipación de tutela penal, hay que considerar que el **bien jurídico protegido que resulta comprometido en el delito de tráfico de influencias** regulado en el artículo 400 del Código Penal peruano **es el prestigio y el buen nombre de la Administración Pública**[219], específicamente en el escenario de la justicia jurisdiccional y administrativa; espacios de actividad pública cuyo descrédito o descalificación resulta promovido con las acciones del traficante. Prestigio y buen nombre que no son adjetivizaciones aleatorias o circunscritas a la voluntad o la coyuntura, sino constituyen valores fundamentales de la Administración Pública y condiciones de confianza en la comunidad. Sin embargo, y como un matizamiento que no contraría, sino que confirma, por excepción, lo ya indicado, tomando la perspectiva de análisis desde el tráfico de influencias cometido por funcionario/servidor público –modalidad agravada del tipo penal 400–, es posible coincidir con los penalistas españoles y argentinos que en determinados casos –como cuando se produce un tráfico real de influencias, que cubre las dos direcciones anteriormente precisadas–, es susceptible admitir la hipótesis que el principio de imparcialidad resulte puesto en peligro ante la interferencia de terceros en la toma de decisión del funcionario. Sin embargo, en tal caso, la afectación del principio de imparcialidad se producirá –en un contexto mayor de acción delictiva– cuando se concrete dicho tráfico con o sin concurso

de influencias, Córdoba, Lerner Editora, 2011, p. 89, entre otros. Señalan CLEMENTE y RÍOS: "En este contexto de imparcialidad deseada, la intervención del traficante opera como un agente contaminante susceptible de perjudicarla, introduciendo en el proceso de toma de decisiones de la Administración, consideraciones privadas ajenas al interés público", p. 89.

(219) Similar opinión en Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES, para quien objeto de protección es el buen nombre de la Administración Pública en cuanto portadora de servicios al ciudadano («La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias», cit., p. 91); igualmente, DÍAZ PRETEL, Diego Alonso: "Problemas sustanciales del delito de tráfico ilícito de influencias", en *Gaceta Penal*, Tomo 125, noviembre 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 163. Es importante la precisión que al respecto efectúa, desde la doctrina española, VÁSQUEZ PORTEMEÑE-SEIJAS, en referencia a la modalidad de ofrecimiento de influencias del artículo 430 del Código Penal español, en el sentido de que, en esa perspectiva, antes que el Derecho Penal, deberían emplearse otros instrumentos jurídicos y no jurídicos, más eficientes y mucho menos lesivos (---). El legislador nos sitúa, por lo tanto, frente a conductas moralmente reprochables, que deben estar previstas en los códigos deontológicos y en los reglamentos del Derecho administrativo sancionador, o incluso en instrumentos no jurídicos de socialización y educación cívica, pero desprovistas de la intensidad necesaria como para legitimar la intervención del Derecho Penal (VASQUEZ PORTEMEÑE-SEIJAS, Fernando: "El tráfico de influencias en España", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; VÁSQUEZ PORTEMEÑE-SEIJAS, Fernando: *El delito de tráfico de influencias*, Lima, Instituto Pacífico, 2019, pp. 212 y 216).

real con el delito de cohecho pasivo cometido por el funcionario o cuando dicho delito absorba la tipicidad del traficante, el cual pasará a convertirse en un partícipe o inductor de acuerdo a la naturaleza particular que ofrezca el supuesto de hecho.

"Prestigio de la Administración" que igualmente es asumida en tanto bien jurídico por sectores de la doctrina española, cuando analiza el artículo 430 del Código Penal español, de parecida redacción al artículo 400 del Código Penal peruano. Al respecto, y pese a no participar de dicha tesis, el resumen de autores españoles que la abonan y que describe LOMBANA VILLALBA, es bastante ilustrativo(220).

La crítica al criterio del "prestigio y buen nombre de la Administración" viene del argumento que sostiene que generalmente la Administración Pública no goza de buena imagen y, por lo tanto, no puede ser aquel el bien jurídico protegido o, como refiere ABOSO, que el prestigio constituye un deseo, una meta o ficción(221). En igual lectura, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, quien si bien llega en referencia al artículo 430 del Código Penal español(222) a señalar: "Parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y buen nombre de la Administración"; sin embargo, lo considera un concepto etéreo y difícilmente aprehensible(223). Un tercer argumento precisa que difícilmente un particular puede afectar dichos valores, dada la naturaleza de peligro abstracto de dicho delito(224). En el Perú, la crítica reciente se presenta con base en el criterio de que "el prestigio es un concepto gaseoso que depende de la percepción que cada persona tenga del mismo"(225).

(220) LOMBANA VILLALBA, Jaime: *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, cit., p. 176: MUÑOZ CONDE, POLAINO VAVARRETE, FERRÉ OLIVÉ, SERANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO. LOMBANA VILLALBA considera que el carácter inicialmente privado del ámbito de aplicación de esta modalidad de tráfico de influencias hace que no pueda considerarse que el bien jurídico tutelado a través de este delito pueda ser la imagen o el prestigio de la Administración Pública, pues estos atributos difícilmente pueden ser afectados por un particular, si no se exige siquiera que se realice realmente una influencia frente a un funcionario público.

(221) ABOSO, Gustavo Eduardo: "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración", en *Delitos contra la Administración Pública*, Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004, p. 54.

(222) Véase "Legislación extranjera".

(223) MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte especial*, 18ª edición, cit., p. 1048.

(224) LOMBANA VILLALBA, Jaime: *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, cit., p. 177.

(225) CORNEJO PORTOCARRERO, Javier: "El libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Penal*, enero, 2016, volumen 19, Lima, Instituto Pacífico, p. 100.

Estas objeciones confunden un dato de hecho que efectivamente suele presentarse en determinados segmentos (el relativo o escaso prestigio del que goza la Administración Pública en el Perú y otros países, de ahí que se convierta en deseo o expectativa el buen prestigio como consecuencia), con un valor trascendente que da cuenta de la Administración Pública y que siempre hay que afirmarlo, con más razón en el sector de la justicia, donde efectivamente el poder corrosivo de los tráficos de influencia pueden llegar a afectarlo seriamente en la percepción de la confianza ciudadana. ABANTO VÁSQUEZ, criticando el prestigio como interés valioso en el marco de los valores de la Administración Pública, señala: "El prestigio no constituye ningún bien jurídico, sino el resultado del buen funcionamiento de la Administración"[226]. Conclusión que encierra una contradicción interna bastante particular, pues, con base en dicha tesis, las entidades públicas *per se* no gozan de prestigio, sino que tendrían que ganárselo, de modo que existirían reparticiones estatales diversificadas con buen prestigio, con mal prestigio y con sospecha de prestigio; en suma, las entidades públicas no nacen con algo que hay que conferirles: el prestigio; lo cual se torna subjetivo y decisionista. El prestigio de la Administración Pública sería entonces un producto a edificar, un criterio de eficiencia, no una cualidad que es inherente a la Administración y que hay que fomentar, cuidar y proteger.

La **jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema,** mediante Acuerdo Plenario 3-2015, ha asumido la tesis del buen nombre y prestigio de la Administración Pública como bien jurídico específico, reiterado en sentencias casatorias (por todas, la 374-2015, de fecha 11 de noviembre de 2015, Sala Penal Permanente). Sin embargo, existen criterios consignados en determinadas resoluciones de la Corte Suprema que abonan la tesis de la imparcialidad como objeto de protección; así, la Sentencia de Casación N° 683-2018/Nacional, del 17/07/2019, Sala Penal Permanente: "El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de "influencia real" el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública".

La doctrina nacional ofrece matices diversos en la fijación del bien jurídico protegido. SALINAS SICCHA comparte el criterio señalado[227]. Igual posición tienen NOLASCO VALENZUELA y LÓPEZ ROMANÍ[228]. REÁTEGUI SÁNCHEZ considera que se trataría de proteger no solo la transparencia e

(226) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *El tráfico de influencia*, cit., p. 100.

(227) SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 683.

(228) NOLASCO VALENZUELA, José: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, Lima, ARA editores, 2013, p. 642; LÓPEZ ROMANÍ, Javier Eduardo: "El delito de tráfico de influencias en el

independencia de la función pública, sino también la situación de igualdad de los ciudadanos, asimismo, el valor de la incorruptibilidad funcional que resulta lesionada por la acción del traficante(229). León Tomasto critica la tesis del prestigio de la Administración, al considerar que ello corresponde a un valor objetivo que es propio de las personas naturales o jurídicas, mas no de la Administración Pública; postula en cambio que el bien jurídico específico protegido es la "confianza de la ciudadanía en la correcta marcha de la Administración Pública"(230).

En la **jurisprudencia y doctrina brasileña**, igualmente se considera como bien jurídico protegido garantizar la honorabilidad y el prestigio de la Administración Pública junto a la comunidad, exponiendo la conducta del agente al descrédito ante los ciudadanos, inculcando falsamente la idea de que el ejercicio funcional del agente público está motivado por la corrupción o que es fácilmente influenciable por interferencias ilegales(231). Asimismo, en la doctrina colombiana se destaca la protección de la buena imagen de la Administración Pública, incluso se ha postulado secundariamente la protección del patrimonio del usuario afectado(232).

En tanto bien jurídico genérico u objeto penal de tutela, no toda la Administración Pública es la que se ve puesta en peligro, ya que nuestro modelo no ha extendido –como sí lo hacen otras legislaciones– el destino de la acción ilícita a todo el contexto de actuación de los funcionarios/servidores, sino solamente a los escenarios taxativamente contemplados en la norma penal. El objeto de la tutela penal es así preservar el prestigio y el regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente en sus ámbitos jurisdiccional y de justicia administrativa, en tanto pueda su correcto desenvolvimiento ser colocado en una situación de descrédito con el comportamiento típico del agente, el cual, con palabras de Frisancho-Peña Cabrera, hace creer a los particulares que la Administración Pública se mueve por medio de intrigas, protecciones y dinero(233). Se trata

---

Perú", en García Cavero, Percy y Vílchez Chinchayán, Ronald (directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Ius puniendi-Ideas, 2020, p. 233.

(229) Reátegui Sánchez, James: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 750.

(230) León Tomasto, Jean Marco: "Problemas sustanciales en el delito de tráfico de influencias: el bien jurídico protegido y la punibilidad del tercero interesado", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 99, setiembre 2017, Lima, Gaceta Jurídica, p. 161.

(231) Regis Prado, Luiz: *Curso de Direito Penal brasileiro*, Volume 4. Parte Especial, 4ª edición, Sao Paulo, Editora Dos Tribunais, 2006, p. 489.

(232) Molina Arrubla, Carlos María: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, Leyer, 2000, pp. 347-348.

(233) Frisancho Aparicio, Manuel y Peña-Cabrera, Raúl: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Fecat, 1999, p. 351.

así, entonces, que desde la norma penal se brinda un aseguramiento jurídico preventivo a una institución positivizada de vital importancia para la marcha del Estado y la prestación de los servicios públicos en función de los intereses generales de la sociedad.

Al tratarse de un delito de peligro abstracto, es coherente señalar que el objeto jurídico de tutela penal se halla puesto en una posición de riesgo con el accionar del sujeto activo. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha asumido así la tesis del prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública, especialmente la de justicia jurisdiccional o administrativa(234). Sin embargo, la jurisprudencia penal suprema no ha sido inmune a criterios distintos que ven en la influencia real la protección –aunque lejana– de la imparcialidad y en la influencia simulada el patrimonio individual. Esa lectura, que se aprecia en el R. N. N° 1692-2013-Lima, del 24 de febrero de 2014, Sala Penal Permanente, critica la tesis del prestigio o buen nombre de la Administración Pública, a la que considera no armoniza con un Estado social y democrático de Derecho.

V. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo es cualquier persona, un sujeto indeterminado, ya un particular o, en una fórmula legal agravada, el funcionario/servidor público. La norma peruana no ha hecho aquí distinciones ni ha considerado pertinente criminalizar con mayor pena cuando el sujeto activo es abogado, como sucede con el delito de cohecho activo. Sí, en cambio, ha establecido una agravación de pena, por acción de la Ley N° 28355 (2004), cuando el autor es funcionario o servidor público.

Sujeto pasivo es la Administración Pública, en tanto titular del bien jurídico agredido. Resulta muy discutible que quien da donativo, promesa o ventaja sea, jurídico-penalmente, un tercero agraviado o el sujeto pasivo(235). La lesión económica y la frustración de expectativas que le pueden sobrevenir al interesado al sentirse estafado por el traficante constituyen, a decir de Fiandaca y Musco, un costo que necesariamente tiene que asumir por haberse involucrado en la ilícita actividad de compra de influencias.

(234) Véase, Ejecutoria Suprema Apelación N° 08-2018-02-Lima, Resolución N° 4 del 5 de febrero de 2019, Sala Penal Especial.

(235) Posición que sostienen Ángeles y Frisancho: *Código Penal VII*, cit., p. 3279. Se discrepa a su vez en este punto respecto al maximalismo penal de Ferreira Delgado, quien sostiene que ambos (traficante o interesado) son coautores del delito (*Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 116).

El funcionario sobre el que se pretende ejercer la influencia no puede ser sujeto pasivo del delito, al tratarse de un delito de resultado cortado o de emprendimiento, en el cual se anticipa la intervención punitiva al ejercicio efectivo de la influencia. En el caso de que esta llegue a concretarse sobre el funcionario o servidor, por tratarse de una fase de agotamiento, ello invalida la tesis que convierte a tales sujetos públicos en sujetos pasivos del delito(236). Sin embargo, no es del todo desatinada la tesis que considera que el funcionario cuyo nombre ha sido afectado o injuriado con la acción del traficante, constituya un sujeto afectado(237).

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

A diferencia de otros modelos que hacen radicar la conducta típica en las acciones de solicitar, cobrar, recibir, hacer pagar, utilizar indebidamente influencias, influir, etc., el modelo peruano de tráfico de influencias tiene una estructura de tipicidad, derivada de su fuente colombiana, bastante compleja, como a continuación podrá advertirse.

El núcleo rector se halla expresado con la frase *«invocando influencias* (...) *recibe, hace dar o prometer* (...) *con el ofrecimiento de interceder»*, lo cual ya pone de manifiesto la existencia de un delito plurisubsistente o compuesto de varios actos, que se inician o parten de los actos de invocar influencias (acción inicial). La reforma practicada con la Ley N° 28355 ha agregado una segunda acción inicial mediante las palabras «o teniendo», con lo que el legislador ha querido superar la amplia y difícil problemática que resulta de abrir el tipo con el gerundio «invocando». Sin embargo, se aprecia nítidamente la impostura de tal opción de redacción legislativa: «el que teniendo influencias reales o simuladas recibe, se hace dar o prometer», al faltarle la oferta que hace atractiva la conducta típica y la concesión del medio corruptor para el traficante o tercero, generando una suerte de coacción que desnaturaliza la figura penal.

Recibe, hacer dar o prometer son verbos rectores que, configurando particulares modalidades delictivas y pese a su enorme importancia (pues definen la consumación del delito), no expresan, sin embargo, la singularidad del ilícito penal de tráfico de influencias, ya que son comunes a otros tipos penales de infracción de deber (el cohecho, uno de ellos; también en parte la exacción ilegal). Es la frase «invocando influencias con

(236) Véase el criterio del funcionario influenciado como sujeto pasivo del delito en Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 465.

(237) Véase la Sentencia de Casación N° 683-2018/Nacional, del 17/07/2019, Sala Penal Permanente, que considera que en la influencia real el funcionario es también sujeto pasivo.

el ofrecimiento de interceder» la que marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción, construida técnico-legislativamente como un delito de dominio, esto es, de naturaleza común.

Recibir un donativo o ventaja, hacer dar donativo o ventaja por sí solos y en términos generales no son suficientes para configurar tráfico de influencias, deberán dichos medios corruptores situarse en el contexto de la conducta típica precedente de «invocar influencias» como punto de partida y bajo la orientación prometida del ofrecimiento de intercesión ante los funcionarios o servidores públicos específicamente consignados en la norma penal. Por cierto, ello trae consigo problemas prácticos de interpretación, pues al haber focalizado el legislador el comportamiento típico en un acto inicial de competencia del traficante consistente en "invocar influencias", ello no siempre tendrá correspondencia con una lectura fáctica de los hechos, que no en todos los casos tendrá esa presentación; problema este que llevó a la reforma del artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980, de modo tal que el tipo penal de tráfico de influencias consignado en el artículo 411-A del Código de 2000 sustituyó tal esquema por otro, en el cual el comportamiento típico de "invocar influencias" fue sustituido por el acto del particular de "ejercer indebidamente influencias sobre un servidor público".

Los medios corruptores son el donativo, la promesa y cualquier ventaja, cuestión que pone de manifiesto la línea de identidad, pese a las diferencias (tanto por el sujeto indeterminado como por la singularidad de la conducta típica) con los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Si bien, como se ha indicado en el párrafo precedente, la existencia del mecanismo corruptor por sí solo no define el delito, pues este tipo penal ha sido construido legislativamente con particularidades descriptivas y normativas que le son propias y que tienen que concurrir todas, igualmente hay que precisar que la ausencia o inexistencia del medio corruptor, pese a haber ofrecido el agente interceder a favor de tercero, aleja la hipótesis de delito. Es decir, el tipo penal de tráfico de influencias, al ser una modalidad de corrupción, no puede articularse si no hay de por medio (fáctica ni probatoriamente) el donativo, la ventaja o la promesa que le dan sentido y orientan la interpretación de cualquier modalidad de corrupción. El tipo legal 400 no criminaliza ni sanciona las influencias desinteresadas o de favor, incluso si llegan a efectivizarse, por más antiéticas o inmorales nos parezcan. En una de estas líneas de interpretación, el **Tribunal Constitucional**, mediante proceso de hábeas corpus, declaró nulas la sentencia de vista y ejecutoria suprema que habían condenado al recurrente por delito de tráfico de influencias, al no haberse demostrado la existencia de medio corruptor: promesa de dar u otorgar algún tipo de donativo u otra

ventaja para sí o para otra persona a efectos de que se produzca el tráfico de influencias[238].

El componente teleológico o final de la conducta que nos muestra la orientación o el destino probable de la acción ilícita está representado con la frase *«con el ofrecimiento de interceder»*, componente que le ofrece al intérprete la ruta de adonde apunta la conducta del traficante y que es el anuncio que este le comunica al interesado o usuario; destino sin el cual perdería sentido la figura penal, por ejemplo, si el traficante le anuncia que va a interceder por él ante un funcionario inexistente o ante un congresista o líder político, destinos, estos dos últimos, distintos a los considerados en el tipo (funcionario o servidor púbico que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo), recogidos en el artículo 400 del Código Penal. Sin embargo, si bien el componente teleológico marca la ruta para la interpretación acerca de la racionalidad de la conducta del traficante, no requiere que efectivamente sea concretado por este para dar por consumado el delito.

Tenemos un comportamiento típico que ofrece diversas modalidades delictivas, cada una compuesta de varios actos que muestran claramente el proceso ejecutivo del delito de tráfico de influencias desde su fase preparatoria impune hasta su consumación formal. MANZINI[239], luego de considerar que el hecho delictuoso consiste esencialmente en atribuirse influencia para obtener dinero u otra utilidad, nos brinda un cuadro interesante al respecto, que adaptado a nuestra legislación queda así:

Acto preparatorio: atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público.

Actos ejecutivos: tráfico de la propia mediación (intercesión) a nivel de ofrecimiento.

(238) Sentencia en mayoría del Tribunal Constitucional del 6 de marzo de 2018, Exp. N° 00228-2017-PHC/TC-Lima. El caso da cuenta de dos llamadas telefónicas realizadas por un jefe policial a una garita de control en San Román, Junín, para interceder a favor de tercera persona, a fin de que no se intervenga un vehículo que contenía mercaderías y continúe su camino. El TC consideró en los fundamentos 5 y 6 de su resolución que "en la sentencia no se menciona ni se indica cómo se ha probado otro de los elementos constitutivos del tipo penal del delito de tráfico de influencias, referido a los medios corruptores que corresponden al comportamiento típico del delito de tráfico de influencias, que debieron ser acreditados en autos, por lo que dichas resoluciones no se encuentran debidamente motivadas". El Tribunal Constitucional precisó que no es suficiente para acreditar el delito la propia declaración del procesado y las declaraciones de los testigos policiales. En esta resolución en mayoría, los votos de tres magistrados se orientaron por la improcedencia, al considerar que los temas de tipicidad y responsabilidad penal no son de competencia de dicho órgano constitucional.

(239) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 9, Vol. IV, p. 251.

Acto consumativo: recepción del dinero, utilidad o promesa (donativo, promesa o de cualquier ventaja).

Los componentes materiales del comportamiento típico son:

1. Invocar influencias reales o simuladas

Invocar influencias tiene relación de identidad formal y de significado con la frase *invocando influencias* del artículo 147 del Código Penal colombiano de 1980 y semejanza con *Chiunque, millantando crédito presso un publico ufficiale*, (presumiendo influencias sobre un funcionario público) del artículo 346 del Codice penale italiano. Se trata así de un punto de partida en la lógica estructural y funcional del delito. El sujeto activo debe hacer saber que es poseedor de influencias ante el usuario o destinatario de origen de la acción. En la **doctrina colombiana** contemporánea al Código Penal de 1980, en cuanto al origen de la iniciativa, se anota, en palabras de MOLINA ARRUBLA, lo siguiente: "Es claro que tanto puede haberse presentado el acuerdo a instancia del traficante (cual sería la hipótesis que sugiere la redacción misma de la norma), como a instancia del comprador de la influencia"[240]. La **jurisprudencia italiana** ha sostenido al respecto que "la influencia presumida del agente efectivamente sea existente o magnificada subrepticiamente con el fin de generar la convicción de encontrarse en grado de influir en favor del interesado sobre la determinación del funcionario público" (Cass, Sez. 6 sent 11172 del 22/11/1985). Igualmente, "que el delito se configura también cuando la iniciativa parte del sujeto pasivo material, ya que no es necesario que el agente vaya en búsqueda de la persona en el momento de su injerencia ilícita" (Cass, Sez 6 sent 11441 del 22/03/2005).

Queda así, en parte, explicitada por la doctrina y la jurisprudencia comparada, histórica y legislativamente relacionada con el tipo penal nacional, el sentido de la frase "invocando o teniendo influencias", donde la iniciativa puede radicar ya en el traficante –exigencia de la norma– como en el usuario o comprador de la influencia –modalidad que suele ocurrir en la práctica– y que entra en relación con la palabra "teniendo", incorporada en el tipo penal por la Ley N° 28355. Ya sea entonces que el traficante busque o encuentre personas a quienes ofrece (invoca poseer influencias reales o simuladas) sus servicios de intermediación para interceder ante el sujeto público de los casos judicial o administrativo, supuesto en el cual adopta una conducta activa y de captación de personas vulnerables que

(240) MOLINA ARRUBLA, Carlos María: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 345.

tienen causas en el sector justicia; o que con base en su cercanía, ascendencia o "llegada" con el citado funcionario o servidor público del caso judicial o administrativo, acuda a él el interesado o usuario a efectos de que haga valer sus vinculaciones o influencias. En esta segunda modalidad, el usuario es conocedor de que la persona tiene o posee influencias con relación al sujeto público, entonces le pide que interceda ante el funcionario/servidor público a efectos de obtener decisiones o actos judiciales o administrativos, momento en el que ingresan los mecanismos corruptores que le otorgan su naturaleza suficientemente delictiva al comportamiento del traficante. El trafico simulado suele presentarse con mayor frecuencia en la primera hipótesis del delito.

La **influencia**, como se ha indicado en líneas precedentes(241), es la capacidad/posibilidad de orientar la conducta ajena en una dirección o expectativa determinada, utilizando instrumentos, ascendientes o prevalimientos de distinto origen y naturaleza sobre el influenciado. Supone la posibilidad de motivar o alterar el proceso de formación de la voluntad de otra persona, que sin la influencia probablemente hubiera tenido otro desenlace. La influencia es así una práctica individual, social e institucional extendida en todos los ámbitos de la actividad humana que admite tesituras socialmente tolerables y, otras, ética y/o jurídicamente reprochables. Estas últimas incluso, en algunas legislaciones, de naturaleza penal. La influencia es tanto un producto cultural de modelamiento controlado y ejercido desde el poder para lograr comportamientos deseados y estandarizados, mediante instrumentos de control (las normas éticas, jurídicas, las instituciones públicas/privadas, etc.), como también una práctica de persuasión presente en las interacciones sociales, políticas, económicas, al igual que en las relaciones de los particulares con la Administración Pública (sujetos públicos y actuaciones administrativas, políticas, legislativas, etc.). De modo que constantemente y de forma usual los humanos proyectan prácticas de influencia –en la cotidianeidad de sus círculos familiares, barriales, de trabajo, sociales, interinstitucionales, etc.–, lo que hace difícil trabajar en abstracto y en dimensiones generalizadoras el tema de la criminalización de las influencias, a riesgo de efectuar un intervencionismo insoportable en la vida en sociedad, por lo que no toda acción de influenciamiento indebido es la que ha merecido atención penal, sino solo y exclusivamente

(241) Véase *supra*, Tomo I, pp. 243-245; y p. 204 y ss. Véase, igualmente ZIMMERLING, Ruth: *El concepto de influencia y otros ensayos*, 2ª edición, México, Fontamara, 2001. La autora efectúa importantes distinciones entre poder e influencia, influencia e influenciamiento, la influencia intencionada y no intencionada, la influencia por acción u omisión, influencia positiva y negativa, así como sus usos indistintos o similares en la política y filosofía.

–en el caso peruano– determinadas y focalizadas prácticas de influencia en el ámbito judicial y administrativo[242].

Nos dice el profesor francés Jean TAVANI que la influencia puede ser entendida en dos perspectivas: la primera como la introyección de normas, valores o creencias, es decir, el proceso de socialización de los individuos; por otro lado, en su perspectiva alienante, esto es, la invasión de la voluntad de un individuo por otro, el acto de ejercer presión implícita o explícita[243].

En materia penal y con palabras de CUGAT MAURI, la influencia, en tanto objeto central del intercambio, puede definirse como cualquier situación de predominio o situación favorable con relación a centros de decisión[244].

El contenido de la influencia nos remite a la presencia de un influjo o sugestión ejercida en tercera persona, sobre cuya voluntad formadora de decisiones el sujeto activo incidirá alterándola o conduciéndola a cursos decisorios predeterminados. La influencia real permite que la persona influida siga o adapte su conducta funcional de conformidad a los deseos o consejos del traficante[245]. Cabe anotar, en una línea de concordancia con lo anterior, que la influencia, real o aparente, para nuestra figura penal en estudio, siempre tendrá como destinatario al funcionario o empleado específico designado en la norma penal, mientras que lo que se le ofrece al interesado comprador es la capacidad o posesión de dicha influencia a partir de la cual interceder por él, es decir, de acuerdo a nuestro modelo de tráfico de influencias, no se trata de influenciar sobre este último, sino de convencerlo a la entrega del donativo o a la promesa del mismo, lo que en otras palabras implica una venta de influencias.

Influir, en su orientación hacia el ámbito funcionarial, pese a no ser la acción típica en el modelo nacional registrado en el artículo 400 del Código Penal, resulta así un potencial comportamiento desvalorado consistente en efectuar presión moral sobre la voluntad del funcionario/servidor del caso

(242) MUÑOZ CONDE nos da ejemplos de interpretación extrema en los riesgos de criminalizar conductas tan habituales como las de tomar una copa con los amigos, pertenecer al mismo club o asociación deportiva, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 1046.

(243) TAVANI, Jean-Louis: "Uma justicia sob influência: abordagem psicossocial do processo de influencia", en SPADONBI, Lila (coordinadora), *Contribução da Psicologia Social ao Direito*, Sao Paolo, LTR Editora, 2011, p. 28.

(244) CUGAT MAURI, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Lima, Barcelona, 1997, p. 26.

(245) Véase al respecto FIANDACA y MUSCO: *Diritto Penale. PE*, cit., vol. I, p. 311.

judicial-administrativo, por lo mismo, representa una interferencia ilegítima en el proceso de motivación de dichos funcionarios/servidores públicos.

Debe quedar claro que la norma penal peruana no criminaliza el acto de influir, sino el ofrecer (al comprador de influencias) interceder ante cualquiera de los sujetos públicos del caso judicial o administrativo.

El acto de influir, en su orientación al usuario o comprador de influencias, que sí forma parte de la conducta típica del traficante, es incompatible con el ejercer coacción o amenazas contra el interesado a quien se le obliga o doblega en su voluntad para entregar dinero a cambio de un ofrecimiento de interceder, e igualmente –y a mayor razón al ser un tipo de peligro– en su segunda dirección, esto es, en la orientación al funcionario. Se desnaturalizaría de dicho modo la estructura de tipicidad objetiva subjetiva del delito, regulada en el artículo 400 del Código Penal. Correctamente afirma CREUS que: "La influencia no equivale a un comportamiento coercitivo, que anule la voluntad del interlocutor. La influencia no tiene ninguna afinidad ni con la coacción ni con la exigencia, en cuyo caso, la conducta quedaría desplazada por otros tipos penales, por ejemplo, extorsión o exacciones ilegales, pero sí debe consistir en una suerte de predominio moral que se ejerce sobre otra persona que posibilita que esta actúe de determinada manera"(246).

El convencimiento sobre el interesado, sobre todo en la modalidad "invocando", se proyecta en dos direcciones: por un lado, con relación a la posesión de influencias y, por otro, sobre la necesidad de la entrega del donativo, promesa de donativo o la ventaja, premisas indispensables si es que queremos referirnos luego al tema de la venta de influencias. El convencimiento a través de la invocación de influencias que deberá asumir caracteres de seriedad, verosimilitud y capacidad de concreción, vistos –sobre todo en la venta de influencias reales– desde la perspectiva *ex ante* del interesado, no a partir de situaciones objetivas o promedio generales, dada la especial vulnerabilidad de este último; requisitos que permitirán dotarle de racionalidad a la premisa ontológica de la conducta típica, de modo que evitemos incurrir en subjetivizaciones o calificaciones de tipicidad desmedidas.

Sin embargo, siempre es oportuno reflexionar sobre los límites de la influencia, de no extremar sus alcances al punto de sobredimensionarla. Al respecto, MORILLAS CUEVAS nos dice: el problema, en cualquier caso

(246) CREUS MONTI, Carlos: *Derecho Penal. Parte Especial*, 2, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 301.

no es de efecto de la influencia, sino de su adecuación e intensidad desde la perspectiva de la sociedad donde se desarrolla. No se puede caer, como se ha dicho, y con razón, en la utilización penal de una norma puramente moralizante de la vida administrativa y social. Se ha de requerir algo más, en razón al denostado, pero totalmente vigente principio de intervención mínima del Derecho Penal(247).

Invocar influencias es, en suma, atribuirse para sí, con relación a terceros, facultades de poder motivar –sentido mínimo– o determinar –sentido máximo– comportamientos o decisiones en otra persona(248), de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado. Se trata así de actos de prevalimiento no funcional, pero sí *de facto* –aprovechamiento de una situación de dominio o poder– reales o aparentes. Esta invocación de influencias es la oferta lanzada por el sujeto activo del delito para obtener los beneficios indebidos, ilegales que contempla la figura penal(249). Como señala Francisco Ferreira, el traficante de influencias vende prestigio, mientras que el interesado compra influencia(250).

Estas influencias pueden basarse en nexos familiares o amicales con el funcionario o servidor, en relaciones de trabajo o favores debidos por dichos sujetos especiales al agente del delito, situaciones de prestigio o autoridad del sujeto activo del delito (influencias reales) que nacen de la posición económica social, política, partidaria, administrativa, etc. Puede también sustentarse en la falsa percepción, generada en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien se jacta o ufana de poseer influencias sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal, siendo en realidad inexistentes. Para este segundo caso, el sujeto activo del delito urdirá estrategias, creará figuras de falsas vinculaciones, exagerará mínimos gestos de acercamiento, etc.; en otras palabras, engañará, lo que ha originado que esta modalidad de tráfico de influencias sea comúnmente identificada en un sector de la doctrina italiana como una especial figura de estafa.

(247) Morillas Cueva, Lorenzo (dirección): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1163.

(248) Obviamente que no nos referimos al poder funcional, sino el que nace o puede nacer de causas o nexos distintos. Remitimos a lo dicho sobre la influencia en *supra,* p. 242.

(249) Hurtado Pozo minimiza la importancia de este componente del tráfico de influencias para enfatizar la acción de recibir, hacer dar o prometer el medio corruptor, con lo cual vía interpretación se le priva al artículo 400 del Código Penal de su nota distintiva con relación al cohecho y se le asimila y reduce en el medio corruptor. Véase de dicho autor: «Interpretación y aplicación del artículo 400° CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», en *Anuario de Derecho Penal*, 2006, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 278.

(250) Ferreira Delgado: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 117.

El acto de invocar influencias, por lo general, está relacionado a afirmaciones explícitas efectuadas por el traficante al interesado o personas que potencialmente tengan dicha calidad, aprovechando de las vulnerabilidades o necesidades concretas de estas. El que invoca da a conocer, anuncia o se esfuerza por hacer llegar su mensaje de tener capacidad para hablar por ellas ante los funcionarios estipulados por la norma 400 del Código Penal. Se puede invocar influencia ante una persona o ante varias. El traficante puede valerse a su vez de terceros que le hacen llegar el mensaje al interesado.

Considerar válida la hipótesis por tráfico de influencias consistente en recibir el agente primero el mecanismo corruptor para, luego, invocar influencias ante el interesado que da (el donativo) u otorga la ventaja constituye un supuesto forzado que no resulta suficientemente subsumible en la tipicidad del artículo 400 del Código Penal, pues la interpretación de los elementos del tipo en tal decurso argumentativo ha sido desbordada. Hacer simultánea la invocación con la concreción del medio corruptor es una posibilidad más académica que real, pues por la naturaleza del hecho siempre existirá un previo para afinar el pacto, en el supuesto de que traficante e interesado lleguen a un acuerdo[251]. Es igual de forzado considerar que el agente invoque influencias, reciba donativo y solo después de ello ofrezca interceder. Por las características del delito de tráfico de influencias, en que el traficante necesita convencer a su víctima, la acción de invocar –primera modalidad– debe preceder, por lo general, a la entrega o promesa de medio corruptor. No obstante habrá que estar atento a las circunstancias concretas del caso.

La naturaleza expresa o explícita de la invocación es una exigencia que permitirá dotarle de mayor determinación a su carácter jurídico penalmente relevante, pero ello no descarta la posibilidad de que la invocación pueda formularse también mediante actos sutiles que denoten –a nivel de representación mental– que el traficante se halla en una posición capaz de brindarle posibles soluciones a la situación legal del interesado, dadas sus vinculaciones o relaciones (reales o aparentes) con el funcionario o servidor público, debiendo tales sutilezas merecer de parte del fiscal mayores niveles de precisión para afirmar su carácter penalmente relevante o descartarlo. Este marco de interpretación nos conduce también a la problemática de si el tipo penal admite la posibilidad de que la invocación de influencias sea practicada por tercera persona a nombre del traficante, esto es, aceptar la

(251) Véase en tal sentido las opiniones de Hurtado Pozo: «Interpretación y aplicación del artículo 400° CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», cit., p. 281.

hipótesis en la que el interesado es puesto en conocimiento de que un tercero distinto al invocante directo será el encargado de interceder ante el sujeto público nominado. Tal caso en realidad no admite mayores dificultades de interpretación porque el que invoca influencias puede hacerlo, en circunstancias específicas y concretas, a través de otra persona, sin perder por ello su rol de autor; lo que queda claro es que el que invoca influencias siempre será autor así se valga de otras personas para que convenzan al interesado, practiquen la intercesión o reciban el donativo, promesa o ventaja. En el estricto caso de que otros invoquen influencias en una asignación de roles a nombre del traficante podríamos estar ante un concurso real con el delito de asociación ilícita, o bien se aplicarán las reglas de la autoría mediata (según se traten tales sujetos de instrumentos).

La **influencia real o simulada** invocada se constituye en el objeto del delito que vincula, en su estructura ideal, a un sujeto que la posee o aparenta poseerlo con otro que la requiere para que sea dirigida o encausada, por acción del traficante, sobre un tercero *intraneus* de la Administración Pública, al cual se busca inducir o ganar su voluntad para que dicte, decida o lleve a cabo prestaciones funcionales o de servicio pretendidas por el interesado. La influencia posibilita una especial triangulación, permitida por la figura penal en estudio, de llegar esta hasta su fase de terminación-agotamiento, lo cual, como es obvio, no resulta exigible en la legislación penal peruana para consumar el tipo penal.

La inclusión de la influencia simulada en el ámbito de tipicidad del delito ha merecido severos cuestionamientos al señalarse que una influencia que no es tal, esto es, que no existe, que es fingida, que no posee la suficiente peligrosidad para indisponer el bien jurídico tutelado, al tratarse simplemente de un engaño, no debe merecer la atención de la norma penal a nivel de delito contra la Administración Pública, pues al no existir vinculación de prevalimiento ni real ni potencial entre el traficante y el funcionario, se hace innecesario extender la tipicidad del tráfico de influencias a un supuesto de estafa común[252]; cuestionamientos que deberán tomarse en cuenta a efectos de efectuar reformas en la redacción del artículo 400 del Código Penal, a efectos de otorgarle mayor razonabilidad al tipo penal, al punto de adecuarlo a las exigencias de los principios de legalidad, antijuricidad material y de los estándares mostrados por los más destacados Códigos Penales contemporáneos, que no contemplan las influencias simuladas o aparentes como objeto de interés penal en la figura

(252) En la doctrina nacional véase Reaño Peschiera: "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos", cit., p. 293.

de tráfico de influencias. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha esforzado por dotarle de entidad a la influencia simulada (véase la Sentencia de Casación N° 374-2015-Lima, del 13 de noviembre de 2015, Sala Penal Permanente, que sostiene que contravendría el principio de subsidiariedad del Derecho Penal).

En suma, que la influencia sea real, esto es, existente, en la medida que efectivamente el traficante tiene vinculaciones con entidad para manipular o motivar la voluntad del funcionario, como simulada, esto es, fingida, tienen igual sentido significativo para el tipo penal, pues este no criminaliza ni castiga que efectivamente se haga realidad o concrete la influencia.

En realidad, el tráfico de influencias es una modalidad de prevalimiento, más que propiamente un acuerdo entre traficante e interesado con una tipicidad con dos direcciones, real, la primera, orientada al interesado que busca la influencia; y probabilística, la segunda, que mira al funcionario o servidor. Por las singularidades de la fórmula típica peruana, diferente, por ejemplo, de la española, no se presta interés a la segunda orientación, pues, al margen de que se produzca o no, el delito se perfecciona en el primer momento una vez concretado el donativo, promesa o ventaja, siendo así decisiva la primera dirección, pues sin ella no hay delito.

El **prevalimiento**, considerando como autor del delito tanto al sujeto público (delito especial impropio de tráfico de influencias) como al *extraneus* (particular, ajeno administrativamente a la Administración Pública), puede adoptar las siguientes expresiones: **a)** a través del ejercicio de facultades funcionales o de servicio, en la que el prevalimiento es una evidente muestra de abuso de poder o de presión sutil; **b)** a través de la relación jerárquica, donde el abuso de poder por lo común se entremezcla aquí con mal entendidas relaciones de subordinación o falsas creencias de superioridad por el rango o estatus; **c)** mediante la insinuación constante, firme e idónea acompañada de ventajas; **d)** producto de una relación de poder de hecho, donde las motivaciones económicas, políticas o de orden diverso contribuyen a colocar al influido en una situación de vulnerabilidad; o **e)** producto de relaciones personales entre el traficante y el funcionario o servidor público, ingresando aquí una múltiple gama de situaciones en la que destacan influjos familiares, amicales, sexuales, etc.

Al producirse la invocación de influencias, que puede admitir una fragmentación temporal variable, se ha dado comienzo al **iter criminis** del delito; sin embargo, aquí el hecho típico aún no se ha perfeccionado, los actos están en su fase inicial. La simple oferta de influir es un acto preparatorio, si es que no asume los caracteres de una invocación de influencias;

el «pacto» subsiguiente (la *pattuizione*) a dicha invocación cierra el proceso ejecutivo. La recepción o entrega del medio corruptor condicionado al ofrecimiento de interceder consuma el delito, fase esta última que puede estar precedida de una tentativa acabada o una frustración.

2. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo

La finalidad de la invocación de influencias hecha por el sujeto activo al interesado, en tanto propuesta lanzada de interceder o intermediar directamente (actuar o pedir a nombre del interesado) ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, es el obtener dinero u otro mecanismo corruptor. De otro lado, el ofrecimiento de interceder es la propuesta atractiva y aparentemente verosímil que hace el traficante de intervenir a favor del interesado, actuar por él, ante el funcionario o servidor del caso jurisdiccional o administrativo, de forma que dicho ofrecimiento se presenta como una válvula de aparente o probable inicio de solución a sus urgencias en vía administrativa o jurisdiccional, obviamente en un contexto de ilegalidad, en tanto no es esa la formalidad ni la vía que plantea el Derecho. Sin embargo, si bien la *finalidad* de la intercesión, en el discurso del traficante, debe apuntar a lograr actos o decisiones de dichos funcionarios/servidores, el acto o la resolución pretendida por el comprador de influencias puede ser justa o injusta, debida o prohibida por el ordenamiento. Ofrecimiento de interceder que debe caracterizarse por su verosimilitud y aparente seriedad *ex ante* para el comprador de influencias, quien, de conocer que la influencia de la que se ufana el traficante es irreal o inexistente y pese a ello da o entrega donativo o ventaja, será una autoexposición a riesgo, que se revelará atípica para articular conducta típica y donde la injerencia penal jugará un rol estrictamente moralizador y, por lo mismo, deslegitimado, al inexistir peligro para el bien jurídico. Señalan Morales Prats y Rodríguez Puertas que quedan excluidas aquellas conductas consistentes en sugerir, demostrar interés o solicitar información al funcionario sobre un tema[253].

La ***modalidad de intercesión*** puede concretarse, fácticamente, con el empleo de terceras personas, quienes se hallan en situación de mayor cercanía o llegada para influir sobre el funcionario o servidor público que

(253) Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puertas, María José: "Del cohecho", en Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1764.

administra justicia, lo que generará un contexto de traficantes en cadena que puede como no que formen parte de una asociación ilícita; tema que jurídico-penalmente –de acuerdo al tipo penal nacional de tráfico de influencias– trae dificultades en su interpretación, como más delante podrá advertirse(254). Redundando, el *contenido* de esta intercesión puede versar sobre una petición lícita o ilícita, justa o injusta, pero deberá tratarse de un efecto que favorezca o mejore la situación jurídica del interesado o allegados, o no le perjudique, o que perjudique a terceros (resulta poco admisible que se trate de una petición que le sea lesiva al interesado). En todas estas hipótesis, de llegar a efectivizarse la intercesión, quedará afectada de modo general, a nivel de puesta en peligro, la Administración Pública.

El tema de la **influencia justa o lícita** como contenido posible y penalmente relevante de la intercesión ante el funcionario o servidor público ha levantado desde posiciones de imputación objetiva, en la doctrina y jurisprudencia españolas, una fuerte oposición para afirmarlo en su relevancia penal. Habiéndose indicado que influir, en las condiciones de tipicidad del tráfico de influencias, para obtener del magistrado una resolución justa no implica la creación de un riesgo típicamente relevante para el bien jurídico protegido, en tanto correcto funcionamiento de la Administración Pública, por lo mismo, no es posible imputar objetivamente un resultado que se concilia con los objetivos de la función judicial y que no ingresa en los fines de la protección de la norma penal(255). Desde la perspectiva de análisis del modelo peruano de tráfico de influencias, el aspecto de la licitud o ilicitud del contenido de la intercesión y de la resolución que se obtenga pierde significatividad sustantiva, pues el delito se consuma con prescindencia de tales cualificaciones, al recaer la conducta típica en momentos anteriores a la dación de la resolución o de la influencia practicada sobre el sujeto público, siendo que la puesta en peligro del bien jurídico Administración Pública ya se concretó con la invocación de influencias, el respectivo pacto a través de medios corruptores y el ofrecimiento de intermediación, lo cual no es óbice, como bien señala Abanto Vásquez, para que el juez efectúe valoraciones del acto ofrecido a efectos de apreciar el grado de culpabilidad del sujeto activo(256).

(254) Véase *infra*, p. 259.

(255) Con mayor detalle véase Mir Puig, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, cit., pp. 257, 271 y 272. Ídem, Morales Prats y Rodríguez Puerta: "Del cohecho", en *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1764.

(256) Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 469.

El funcionario o servidor sobre quien el traficante de influencias va a interceder tiene que tratarse necesariamente de un funcionario o servidor que tenga bajo su competencia el conocimiento o procesamiento de un caso judicial –no referido solo a jueces, sino también a fiscales en sentido lato, para incluir incluso a los casos del fuero militar– o administrativo. Quedan fuera del tipo los funcionarios o servidores que carezcan de facultades jurisdiccionales o de competencia en casos administrativos, así como en general todos aquellos otros funcionarios o servidores públicos. Tanto el **caso judicial o administrativo** alude a conflictos jurídicos o controversias de partes que se hallan procesal o procedimentalmente en poder de las instituciones públicas de justicia oficial nacional y cuya solución está en manos de funcionarios/servidores competentes. El "caso judicial" tiene una acepción amplia, para comprender con él a todos los sujetos públicos estatales que integran la relación procesal del caso judicial. En cambio, el "caso administrativo" exige necesariamente una lectura estricta, dado que de lo contrario sería desnaturalizado el tipo penal de tráfico de influencias para comprender todo trámite y casos de la Administración Pública. "Caso administrativo" es entonces aquel espacio formal de justicia en el cual se ventilan y deciden conflictos jurídicos extrajudiciales entre partes. En esta perspectiva, las investigaciones preliminares que lleva a cabo el Ministerio Público aún no tienen la calidad de casos judiciales, pero sí son casos administrativos, al igual que los llevados ante los diferentes tribunales administrativos de los que se compone la Administración Pública. Una vez que el fiscal formaliza la investigación, el caso está ya judicializado(257).

En la ejecutoria suprema del 27 de julio de 2003, R. N. N° 11-2001-Lima, se precisa esta restricción de tipicidad que produce el componente

(257) Llama la atención la propuesta de ABANTO VÁSQUEZ en el sentido de quebrantar el mensaje normativo de la norma para efectuar *analogía in malam partem*, cuando criticando el alcance restrictivo de la norma penal peruana (caso judicial o administrativo), considera que el término "caso" debería interpretarse en sentido amplio, para comprender con él la noción de "suceso o asunto", de modo que el delito de tráfico de influencias pueda ser aplicado a todo tipo de actividades funcionales dirigidas a comprometer las decisiones objetivas, imparciales y legales de la Administración Pública. Obviamente, entre el deseo sobrecriminalizador y el principio de legalidad hay un abismo bastante patente y evidente contrariedad. En realidad, quizás, no deba llamar la atención la posición definida por ABANTO, dada su manifiesta propensión a incurrir académicamente en posiciones de extrema injerencia punitiva, ya que paulatinamente a través de sus trabajos y apreciaciones teóricas ha ido elaborando criterios de máxima ratio fundados en lo que Mariano SILVESTRONI –en su obra *Manual del abogado defensor*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, p. 53– ha llamado una suerte de "mesianismo anticorrupción". Al respecto, igualmente véase, por ejemplo, su posición sobre la prescripción agravada, en el sentido de que ella se aplique para todos los delitos cometidos contra la Administración Pública, con prescindencia de que se afecte o no el patrimonio público, ABANTO VÁSQUEZ: *El tráfico de influencias*, cit., p. 187, entre otros ítems más.

típico del caso judicial o administrativo, que juega el rol de un filtro de tipicidad teleológica a efectos de no extremar la aplicación de esta figura penal en escenarios distintos al caso judicial o administrativo, desbordamiento analógico *in malam partem* que efectivamente se puede apreciar también en la ejecutoria suprema del 3 de setiembre de 2001, del Cono Norte de Lima, que consideró acreditado el delito y la responsabilidad del procesado por delito de tráfico de influencias, con el acta de incautación realizada en el interior de un centro educativo, en circunstancias que el servidor público cobraba 40 nuevos soles a la agraviada, a quien le dijo tener conocidos a efectos de arreglar la nota de su menor hija.

Los hechos denunciados o acusados en los que se postule la tesis de haber hecho uso el agente –particular o funcionario– de influencias reales o simuladas en escenarios de acción diferentes al caso judicial o administrativo son atípicos por delito de tráfico de influencias, incluso en el caso de que haya recibido o se haya hecho dar ventaja patrimonial.

El momento de la intercesión ofrecida puede referirse a cualquier etapa del proceso o procedimiento, no necesariamente solo a los momentos de toma de decisiones (caso judicial o administrativo en trámite); o a un periodo posterior (caso judicial o administrativo que **haya conocido el funcionario** o servidor público). En esta última hipótesis legal cabe formular una interpretación restrictiva, en el sentido de que el legislador ha querido cubrir el espectro de posibilidades que suponen información privilegiada para el sujeto activo de delito, quien, teniendo conocimiento de que ya el caso fue decidido o resuelto –información de la que carece el interesado–, ofrece interceder ante un funcionario o servidor que conoció el caso a cambio de donativo, promesa o ventaja que le debe dar u ofrecer el interesado. Esta situación es propiciada en parte por el rutinario y burocrático sistema de trabajo de los magistrados, que votan las causas con meses de anterioridad –a veces años– al de la publicación o notificación de la decisión. El caso de los fallos supremos y del Tribunal Constitucional –con su ancestral demora para notificar las ejecutorias y sentencias– es aquí sumamente ilustrativo: espacio amplio y libre para la probable actividad ilícita del traficante de influencias. Abundando en esto último, la frase «**o haya conocido**», en una interpretación literal, también puede admitir la posibilidad –y tal es la lectura más simple y directa– de que el funcionario o servidor se halle desconectado por competencia específica con el proceso sobre el cual sí tuvo una relación de conocimiento por razón del cargo; sin embargo, admitir como válida esta interpretación supondría colocar al tipo en un grado tal de generalidad y apertura que haría irreconocible el objetivo de la norma para avalar posiciones desvinculadas de los principios de legalidad y del ámbito de protección de la norma penal, salvo que

se trate de posibles conocimientos futuros del caso judicial, que regresen luego de ser declarados nulos para activar nuevos ámbitos de conocimiento, que bien podría ingresar en el terreno del "**ha de conocer**".

La figura también admite la posibilidad de que el caso judicial o administrativo suponga una suma de decisiones parciales, donde el interesado, conociendo ya un resultado inicial, pretenda asegurarse los subsiguientes, situación de la que se sirve el sujeto activo del delito.

Los momentos o la oportunidad de comisión del delito han sido adelantados aún más al introducirse la frase «**ha de conocer**»[258], lo cual admite entender y abarcar cursos probabilísticos considerados en el sentido de la norma penal, esto es, cuando el funcionario o servidor público aún no tiene el caso judicial o administrativo bajo su conocimiento o esfera concreta de abordamiento funcional, lo cual ha supuesto una excesiva anticipación que resulta criticable. El interés de la norma no solo está dirigido al presente y al pasado, sino también al futuro, en un intento de cubrir la totalidad de momentos posibles y probables de ejercicio funcional en tanto escenario teleológico hacia donde se orienta la conducta del traficante.

Interesa destacar, por lo demás, que la norma penal ha empleado una frase de gran amplitud formal de contenidos para expresar el complemento de tipicidad de la conducta. En efecto, «**que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido**» no alude específicamente a ningún estado significativo del proceso judicial o administrativo, sino a cualquier momento del mismo, lo cual otorga al tipo una construcción legislativa sin límites internos, delimitados únicamente por los contornos del caso judicial o administrativo, que posibilitaría efectuar interpretación extensiva para considerar que igualmente es relevante penalmente el simple conocimiento referencial que del proceso tiene el funcionario o servidor sin necesidad de que exista vinculación por el cargo o por la competencia derivada del mismo, es decir, que cualquier sujeto público, por el solo hecho de dicho conocimiento (información, estar enterado), podría convertirse en sujeto activo del delito. Un despropósito por cierto. Esta deficiencia de construcción se corrige efectuando una interpretación restrictiva, más conforme con el sentido teleológico de la norma, en el sentido de que la llamada normativa del conocimiento solo está referida a quienes se hallen en vinculación funcional con cualquiera de los dos procesos de dilucidación de conflictos señalados en el tipo y solo con relación a ello, excluyendo taxativamente a cualquier otro funcionario o servidor y a cualquier otro proceso.

(258) Se aprecia aquí la influencia del Código Penal de Colombia del 2000, véase "Legislación extranjera".

La idoneidad y el **contenido de la intercesión** ha merecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español las siguientes precisiones (sentencia de casación STS N° 214/2018): "Solo podrá existir una conducta típica cuando sea idónea y con entidad para alterar el proceso de valoración y ponderación de intereses que debe tener en cuenta el que va a dictar una resolución, como dice nuestra jurisprudencia que sea eficaz para alterar el proceso motivador por razones ajenas al interés público. Quedan fuera del delito aquellas gestiones que, aunque ejerzan una presión moral indebida, no se dirijan a la obtención de una verdadera resolución, sino a actos de trámite, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información o conocimiento de datos"[259].

El invocar influencias y la propuesta de intercesión en conjunto constituyen los actos ejecutivos –en puridad, actos preparatorios– que permiten configurar delito cuando se activa el mecanismo corruptor, esto es, ingresa a la fase de consumación.

3. Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja

La presencia de estos verbos rectores cierra la tipicidad de la figura legal de tráfico de influencias. Ellos expresan que el pacto –entre el traficante que oferta sus reales o simuladas influencias y el interesado que procura un beneficio inmediato o mediato de índole procesal o procedimental– ha llegado a su fase ejecutiva final, esto es, de perfección típica: es decir, el delito se ha consumado al haberse producido la entrega del donativo, la promesa de donativo o cualquier otra ventaja (el precio que el interesado tiene que pagar)[260] para que el traficante interceda por este último a nivel de influencias ante los funcionarios señalados en la norma penal. A la oferta lanzada con la invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder por parte del traficante le sucede la contraprestación económica o patrimonial en sentido amplio –o, con mayor extensión, cualquier ventaja– que otorga el interesado.

Como se observará, la norma penal ha hecho uso de mecanismos que son propios de los delitos de corrupción (donativos, ventajas), lo cual está denotando la naturaleza del ilícito penal como un delito de corrupción, donde el provecho o beneficio tiene connotación económica y estrecha vinculación con el donativo, pero se extiende y abre hacia formas no necesariamente patrimoniales en las ventajas (o, como señala la norma penal,

(259) Gracia San Martín, Jerónimo: *Doctrina penal actualizada*, cit., p. 386.

(260) Sobre el significado de tales términos, véase *supra*, p. 36 y ss.

«cualquier ventaja»). En el caso del tráfico de influencias mediante promesa, la norma penal está aludiendo a la posibilidad de provecho económico a través de la concreción futura del donativo.

La redacción legal de la figura en estudio no incluye como un componente material típico que el traficante de influencias haya llevado a la práctica el ofrecimiento, o que se haya conseguido el propósito buscado con la intercesión. Ocurra o no, el delito ya se ha consumado.

El provecho económico percibido o hecho prometer por el sujeto activo del delito puede ser para él mismo o para un tercero. El término *«tercero»* es de significado amplio, abierto (familiares, amigos, allegados, otros funcionarios o servidores, etc.). Al tratarse de un delito contra la Administración Pública, la norma jurídica no ha enfatizado el contenido cuantitativo del donativo, la promesa de donativo o la ventaja, por lo mismo, la recepción o entrega de donativo de mínima o gran significancia será por igual suficiente para configurar delito. No obstante, queda a criterio del juez la estimación del caso a efectos de valorar casos de bagatela o determinar pena con base en criterios de proporcionalidad, tomando en cuenta también la cantidad del monto pecuniario o la significatividad de la ventaja.

Carece de interés que la iniciativa de interceder haya partido del traficante o del interesado, pero sí es determinante que el traficante ofrezca interceder; tampoco es relevante el monto de lo percibido o prometido. Pero, obviamente, por principio de antijuricidad material, los actos insignificantes a nivel de prevalimiento o de donativos deberán tener su respectivo filtro administrativo de procesamiento, de tratarse el sujeto activo de un funcionario o servidor público.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal en análisis es doloso. Por las características de la construcción peruana del tráfico de influencias, el dolo necesario para perfeccionar la tipicidad subjetiva es el dolo directo, ya que el agente –al atribuirse capacidad de influencia sobre el juez y los servidores públicos de la órbita de la administración de justicia, así como al ofrecer interceder– está dirigiendo intencionalmente su accionar hacia la puesta en peligro del bien jurídico y a la obtención del provecho económico. El dolo eventual, en tanto alta probabilidad de comisión del hecho y aceptación/reconocimiento del mismo, no se concilia con la compleja estructura típica del tráfico de influencias, el mismo que requiere orientar decididamente la voluntad

al logro de la finalidad ilícita[261]. Son correctas las precisiones efectuadas por ABANTO VÁSQUEZ y DONNA en el sentido de que no es posible cometer el delito con dolo eventual y que se requiere de ánimo de lucro en la voluntad del agente, ya que este siempre busca un beneficio patrimonial[262].

La posibilidad de que se trafique influencias con dolo eventual abonaría una hipótesis de atipicidad subjetiva, asunto que merece un mayor estudio.

Afirmar un error de tipo invencible implicará que el agente desconoce la existencia o tiene una falsa percepción de los componentes de tipicidad del delito, es decir: que no está invocando la posesión de influencias reales o simuladas; que desconoce que tal invocación es un acto ilícito; que no ha ofrecido interceder ante magistrado o servidor público nominado; etc. Circunstancias que resultan difíciles de admitir y que más bien pueden avalar un cuadro de inimputabilidad (relativa o absoluta) por falta de capacidad de comprensión de la ilicitud del acto.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de tráfico de influencias es un delito de corrupción construido con una técnica de redacción de peligro abstracto, de simple actividad y de consumación anticipada (cortada) e instantánea, y en esa lógica de interpretación tienen que ser analizados sus componentes de tipicidad. El tipo penal no ha sido construido de forma tal que sea elemento del tipo la realización de la influencia sobre el funcionario o servidor del caso judicial o administrativo, como sucede –en una más amplia redacción de la conducta típica– con el modelo penal español (en sus dos primeros tipos de tráfico de influencias) ya ampliamente referenciado en líneas precedentes, o como lo exige el artículo 308 del Código Penal austríaco, que regula el delito *Verbotene Intervention*, sobre el funcionario público a quien el sujeto activo presiona o sobre quien ejerce influencias, exigiendo ventaja o promesa para sí o para tercero[263]; o como lo regula el Código Penal argentino, cuyo artículo 256 alude a "para hacer valer indebidamente sus influencias", en una lógica de redacción de mayor cercanía en la concreción de la influencia indebida.

(261) Se corrige aquí la posición anterior que consideraba suficiente el dolo eventual (ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª edición, Lima, Grijley, 2001, p. 438).

(262) Cfr. ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 471; DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 231.

(263) Véase, FOREGGER, Egmont y BACHNER-FOREGGER, Helene: *Strafgesetzbuch STGB*, 16. Auflage, Vien, Manz, 2002, p. 277.

En la dogmática penal francesa, LEGAPE y MATSOPOULOU, precisamente en esta zona de contactos, nos dicen: el tráfico de influencias tiene puntos en común con el delito de corrupción, como la condición de autor (tráfico de funcionario), los procedimientos empleados, la existencia de un pacto fraudulento previo a los hechos que caracterizan su ejecución; además, al igual que en la hipótesis de la corrupción mediante solicitud, ella es suficiente para constituir la infracción; el tráfico se puede cometer en cualquier momento, tanto antes como después de que se obtenga el favor solicitado. Sin embargo, la principal diferencia entre los dos delitos radica en el hecho de que los actos que constituyen cada uno de ellos no persiguen el mismo fin(264).

La consumación en el delito de tráfico de influencias, cuya estructura intersubjetiva da cuenta de un particular caso de un delito de encuentro, no se produce al interior de la Administración Pública, sino por fuera de ella, en la relación o pacto llevado a cabo entre traficante *extraneus* que ofrece interceder e interesado que compra la influencia real o simulada mediante la entrega-recepción o la promesa del mecanismo corruptor. Lo que suceda o no después no agrega componente típico al delito, al no ser el tipo 400 del Código Penal un delito de resultado que exija que se concrete o materialice la influencia. La consumación del delito está igualmente orientada por el escenario hacia donde el traficante ofrece su prestación de influencia ante el interesado: el ámbito del caso jurisdiccional o administrativo, por fuera de cualquiera de estos dos escenarios no habrá posibilidad de configuración de este delito

Este ilícito penal admite diferentes modos de consumación por parte del sujeto activo:

a) Al *recibir directamente* el donativo (primera modalidad). El resultado material es de por sí evidente.

b) Al *hacer dar* para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja (segunda modalidad). En esta variedad estamos ante formas complejas de consumación.

c) Al *hacer prometer* para sí o un tercero donativo o cualquier ventaja (tercera modalidad).

El resultado material de la recepción o dación de donativo o ventaja observable en las dos primeras modalidades de consumación es meramente

(264) LEGAPE, Agathe y MATSOPOULOU, Haritini: *Droit pénal spécial*, Paris, Themis droit, 2015, p. 740.

óntico, sin nexo vinculante obligado con la Administración Pública[265]. En el tercer modo consumatorio no existe resultado material.

Debe prestarse atención a que el donativo, la promesa, la ventaja o el beneficio aportados por el interesado deberán hallarse vinculados necesariamente con el ofrecimiento hecho por el traficante de interceder ante los jueces o servidores de la justicia jurisdiccional o administrativa; de no ser así, esto es, de no existir ofrecimiento de intercesión, nos saldremos de la figura de tráfico de influencias para abonar el marco de tipicidad de una estafa o, según las circunstancias concretas, de un acto penalmente irrelevante. De no existir de por medio la presencia de mecanismo corruptor, pierde su naturaleza de delito el hecho imputado/acusado, pasando a constituir ejercicio de influencias desinteresadas, carentes de naturaleza penal por corrupción.

Se trata, pues, de una figura compuesta de naturaleza activa, de consumación instantánea y de puesta en peligro al bien jurídico "Administración Pública" que no admite la omisión como forma de realización típica.

Pese a tratarse de un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal, cabe admitir académicamente formas de tentativa, no obstante la dificultad para asumirlas jurídicamente. Existirá tentativa mientras no se produzca la dación de los medios corruptores (con exclusión del tráfico de influencias, que radica en el ofrecimiento de medio corruptor). En suma, hay que tomar en cuenta que la sola existencia de medios corruptores entregados o prometidos no harán delito de tráfico de influencias si es que previamente no ha existido la invocación de influencias dirigidas al interesado por parte del intermediario o traficante, ya que ello, al ser parte central del núcleo de la acción típica, condiciona la configuración del tipo penal.

Son atípicas la sola jactancia o alardeo de poseer influencias sobre funcionario jurisdiccional o de un caso administrativo que haga saber el traficante, incluso las influencias practicadas sin motivación económica/ventaja o promesa. Así, acudir el exmiembro del Consejo Nacional de la Magistratura o exjuez a los despachos fiscales o judiciales a obtener información

(265) En tal sentido, véase la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao, de fecha 3 de diciembre de 1999, Exp. N° 396-96. Caso resuelto en aplicación de *in dubio pro reo* al no existir pericia que permita concluir, fuera de toda duda, que la voz registrada en el casete presentado como prueba sea del procesado. Véase el R. N. N° 2839-2016-Lima Norte de la Primera Sala Penal Transitoria, del 28 de marzo de 2017, que ratificó una condena por delito de tráfico de influencias contra abogado y su amigo, que ofrecieron interceder a favor de Cooperativa de Vivienda, ante magistrados superiores de Sala Civil.

–por fuera de las posibilidades del ejercicio de la abogacía– de por sí, es todavía insuficientemente típico, si no se verifica el pacto mediante retribución entre aquel y la persona interesada para influenciar en las decisiones propias del caso. Definitivamente no cabe articular hipótesis mínimamente válida, a nivel de relevancia penal, en el marco de las influencias ejercidas sobre funcionario por parte del abogado defensor o de quien presenta o ha emitido informes académicos a quien el funcionario autoriza sustentar ante él. No es posible delito de tráfico de influencias por fuera de los dos ámbitos regulados en el tipo penal: el espacio jurisdiccional o el ámbito del caso administrativo.

Ha sido objeto de debate en el marco del delito de tráfico de influencias **la inducción en cadena**, aceptada en parte de la doctrina española y debatida ampliamente –en la diversa gama de sus matices y problemas– en las dogmáticas alemana y portuguesa(266), que, aplicada al delito de tráfico de influencias –en el caso del tipo penal peruano, caracterizado por su consumación anticipada y naturaleza de peligro, donde el autor del delito quien ofrece interceder se hace pagar o dar donativo o ventaja patrimonial–, ha merecido pareceres contrapuestos, que incluso ha sido objeto de algunos desarrollos jurisprudenciales en sentido negativo. La *inducción en cadena*, en rigor, se plantea bajo la idea de que existen varios sujetos (colocados como intermediarios, todos actuando con conocimiento del contenido y dirección de la influencia) que, sin tener vinculación directa con el funcionario o servidor, influyen en terceras personas, la última de las cuales ejercerá o intentará ejercer influencia sobre el funcionario público dado el prevalimiento, sus cercanías o vinculaciones con este. Como resulta notorio, aplicando esta extensión de la inducción al caso peruano del delito de tráfico de influencias, el tráfico en cadena estaría focalizado no en el funcionario o servidor, sino en el traficante, esto es, en el sujeto indeterminado (que es quien le ofrece al usuario interceder ante el funcionario competente), dado que dicho delito ha sido construido por fuera del aporte receptivo del funcionario jurisdiccional o administrativo –gran diferencia con el modelo español–, lo cual constituiría un ámbito de injerencia punitiva extrema, esto es, no razonable, para castigar a los que en cadena

(266) Véase, Heine, Günter y Weiber, Bettina, en Schönke y Schröder: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2020, pp. 540 y 541. Los profesores Heine y Weiber, de las universidades de Khöln y Bern, respectivamente, analizan los supuestos de instigación sucesiva (*Sukzessive Anstiftung*) y la instigación en cadena (*Kettenanstiftung*); ídem, Morão, Helena: *Da Instigação em cadeia. Contributo para a dogmática das formas de comparticipação na instigação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 125 y ss. La profesora Morão, de la Universidad de Lisboa, realiza una amplia exposición de los fundamentos de punición de la instigación en cadena, así como escenifica analíticamente una serie de casos de dicha modalidad de participación en el delito.

antecedente, sin importar la cercanía con el autor del delito, influirían de modo indirecto. No es instigación en cadena la existencia de varias personas que de modo directo tienen llegada o prevalimiento sobre el funcionario o sobre el sujeto indeterminado(267), sino un supuesto de coinstigación.

Sobre la instigación en cadena en el delito de tráfico de influencias, no obstante ser un tema poco debatido en la doctrina y jurisprudencia nacionales, la Sentencia de Casación N° 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020 (Sala Penal Permanente), en sus fundamentos 12 y 13, ha precisado que, tomando en cuenta la naturaleza del delito de tráfico de influencias, al tratarse de una figura que adelanta las barreras de punibilidad (pues en teoría sanciona actos preparatorios de otros delitos de corrupción de funcionarios), considerar la instigación en cadena para este tipo penal acarrearía una sanción aún más acentuada de los actos preparatorios, que en la doctrina actual no cuenta con el consenso mayoritario sobre si dichas conductas conllevan lesividad o peligro al bien jurídico tutelado.

Redundando, el tráfico de influencia en cadena asume mayor consistencia en las legislaciones penales cuyas figuras legales han construido el tipo penal en modo de resultado, esto es, cuando la conducta típica alude a "influyere" o "hace valer sus influencias", que es donde el influir en un funcionario o extraneus para que este a su vez influya en el funcionario competente por el cargo adquiere consistencia incluso desde un principio de lesividad. Situación distinta de relevancia o interés penal ofrece el tráfico en cadena en las legislaciones –como la peruana– donde lo que se castiga es el solo hecho de ofrecer interceder, en propiedad un acto preparatorio de un delito de corrupción, donde el traficante inicial (que no tiene relación con el funcionario competente) influye en un segundo o tercero –que es el que en definitiva tiene capacidad para interceder– se halla muy lejos del mensaje criminalizador de la norma para ser considerado autor o partícipe del delito de tráfico de influencias(268).

Si bien desde la perspectiva de tipicidad del delito de tráfico de influencias, resulta de escaso rendimiento la figura de tráfico en cadena, el

(267) Al respecto, véase también Domínguez Izquierdo, Eva M.: "Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad", en Suárez López, José María y varios (directores): *Estudios jurídico penales y criminológicos, en homenaje al Prof. Dr. H.C.M, Lorenzo Morillas Cueva*, Volumen, I, Madrid, Dykinson, 2018, p. 1058 y ss.

(268) Véase, Morales Prats, Fermín y Rodriguez Puerta, José: "Del cohecho", en Quintero Olivares, Gonzalo (director): *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 1765.

amiguismo clientelar puede ocultar verdaderas y peligrosas redes de corrupción política administrativa(269).

IX. LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE POR LA CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO

La introducción de una única circunstancia agravante del delito de tráfico de influencias según la cual la pena se incrementa cuando el sujeto activo es un funcionario o servidor público ha supuesto el reconocimiento, por parte de la política penal peruana, de un dato proporcionado por la realidad criminal de los últimos tiempos en el Perú, que quien tiene mayormente influencias es el que posee poder de influir, siendo los funcionarios y servidores públicos el sector más amplio de personas privilegiadas en esta dirección. Ampliación de tipicidad específica en vía de agravante que, sin alterar la conducta típica ni afectar a los demás componentes del delito, ha de ser considerada un acierto preventivo-conminatorio. En otras legislaciones penales, como la colombiana del 2000 o la española actual, el tráfico de influencias es principalmente un delito de infracción de deber, teniendo como autor al servidor público que utiliza indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función(270).

La circunstancia agravante se ha limitado a señalar: "Si el agente es un funcionario o servidor público", sin anotar si se aprovecha del cargo o hace valer su calidad funcional, a diferencia de lo que se aprecia, por ejemplo, en el artículo 297 del Código Penal (que en referencia al delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 296, precisa: "El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública"), lo que permite considerar que la agravante no exige dicho prevalimiento expreso, sino que se informa en la sola calidad del agente. Sin embargo, el aprovecharse del cargo, del estatus y la calidad, que es lo más frecuente que ocurra y lo que le genera más confianza al comprador de influencias acerca de la seriedad de la intercesión, no es una hipótesis que el tipo no absorba.

Los alcances del concepto funcionario o servidor público son amplios, siendo orientador en tal sentido el artículo 425 del Código. Sin embargo,

(269) Al respecto, véase Muñoz Conde, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 1046: "El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración".

(270) Véase "Legislación extranjera".

la posibilidad de trasladar dicha agravante al *extraneus* partícipe, esto es, a quien solicita o busca la influencia del funcionario o servidor público, constituye un aspecto en debate sobre el cual la jurisprudencia penal de la Corte Suprema ha fijado posición al respecto, al considerar que la calidad del funcionario agrava la pena del delito, pero no lo fundamenta, por lo que, siendo el interesado un *extraneus,* siempre responderá por el tipo básico del delito de tráfico de influencias(271).

En el caso del Código Penal español (artículo 428), el aprovechamiento del ejercicio del cargo o de situaciones derivadas de la relación personal del funcionario traficante o de su relación jerárquica con el funcionario influido, forma parte del tipo penal. Prevalimiento, que en palabras de Vásquez-Portemeñe, puede definirse como un abuso explícito o implícito de una determinada posición o situación personal o profesional dirigido a satisfacer intereses económicos privados y que trae consigo la supeditación del funcionario al sujeto activo. Alude a un aprovechamiento de atribuciones públicas o de vínculos personales que facilitan el ejercicio de influencias, como conducta, y el condicionamiento del funcionario, como resultado(272).

X. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 4 a 6 años (tipo básico) y de 4 a 8 años (tipo agravado). En ambos casos además inhabilitación y pena de 180 a 360 y 365 a 730 días-multa, respectivamente. Penalidad intermedia pensada en función de criterios político-criminales convencionales que resultan hoy obsoletos frente a la frecuencia con que el crimen organizado suele hacer uso de esta forma de actividad delictiva.

XI. LA SITUACIÓN LEGAL DEL INTERESADO: COAUTOR, CÓMPLICE, INDUCTOR, CONCURRENTE INOCUO, VÍCTIMA

¿Debe responder penalmente el interesado por haber pactado con el traficante de influencias la consecución de un objetivo ilícito? ¿Y si es lícito? El interesado es la persona que se halla colocada en una singular ubicación entre el traficante y los destinatarios finales de la influencia, hallándose, por lo común, urgido en la búsqueda de salidas favorables a sus conflictos legales o colocado en situación de premura o simplemente de interés para que su caso judicial o administrativo sea resuelto conforme a sus expectativas. Las dificultades procesales y procedimentales, los obstáculos de

(271) Véase la Sentencia de Casación N° 683-2018/Nacional, del 17/07/2019, Sala Penal Permanente.

(272) Vásquez-Portemeñe Seijas, Fernando: *El delito de tráfico de influencias*, cit., p. 252.

una práctica judicial burocrática y negligente, la inseguridad que brinda el sistema procesal y la desconfianza en la labor funcional de los jueces son, entre otros, factores que abonan en cierto modo la base fáctica sobre la que se construye la conducta ilícita del tráfico de influencias. El traficante brinda, en tal contexto de deficiencias e imprevisibilidades, ventajas en la obtención de resultados, privilegios en el manejo del expediente, seguridad en el desenlace del caso o, en el peor de los casos, aparenta arreglos con los magistrados, con quienes actúa supuestamente de consuno.

Sin el interesado no puede haber tráfico de influencias, lo que nos lleva a concluir que en el supuesto fáctico siempre existirán idealmente tres personas: dos de hecho (el interesado y el traficante) y una tercera de orden normativo: el funcionario o servidor público, sujeto este último que para que se mantenga en puridad la existencia del delito de tráfico de influencias, no deberá participar en el delito. De ello podemos fácilmente deducir que el comportamiento típico del traficante siempre estará orientado a un específico sector de la Administración Pública (específicamente de justicia jurisdiccional o administrativa), descartándose la relevancia penal del comportamiento de traficar influencias dirigido a otros ámbitos de la Administración Pública (por ejemplo, de la actividad congresal de aprobación de leyes, del Consejo de Ministros o de los funcionarios o servidores municipales o del INPE, o cuando se oriente al ámbito de los funcionarios privados, supuestos en los que efectivamente puede producirse tráfico de influencias, pero los mismos serán atípicos del delito 400 del Código Penal. Es esta una particular diferencia que nos distingue de los modelos español, argentino o colombiano del delito de tráfico de influencias, por definición de alcances para toda la Administración.

La primera precisión que se tiene que efectuar consiste en tomar en cuenta que el objetivo que busca el que compra la influencia puede tener o no ilicitud, es decir, que la situación de convenir con el intermediario para que este haga valer sus influencias no se halla condicionada a la ilegalidad o legitimidad del objetivo buscado, ya que en ambos casos igualmente existirá acción típica, por cierto, con niveles distintos de ilicitud.

Un segundo nivel de puntualización está en conexión a la situación en la que se encuentra el interesado frente al traficante de influencias: es un coautor, cómplice, un inductor del delito o tan solo una víctima del traficante o acaso un participante inocuo. Esclarecer la condición jurídica de quien aporta el beneficio, ventaja o promesa es un tema de especial importancia por las implicancias prácticas que de ella se derivarán y por la necesidad de dotar de razonabilidad a la figura delictiva en estudio; tema abordado por la jurisprudencia nacional mediante Acuerdo Plenario 3-2015.

Veamos esto más detenidamente[273]:

a) *El interesado como coautor.* Ateniéndonos al núcleo de tipicidad de la figura 400 del Código Penal, que requiere que el sujeto activo invoque influencias ante un tercero (que viene a ser en este caso el interesado), deviene en un imposible que quien compra influencias sea a la vez un coautor del delito junto al traficante[274], pues se quebraría la vinculación causal entre acción y resultado, para generar una situación en que ambos –interesado y traficante– son los que realizan el tipo. Realizando un ejercicio de imaginación con dicha hipótesis, en la idea de contradecir la tesis expuesta, puede darse el caso de que ambos ejerzan efectivamente determinados niveles de influencia sobre el funcionario y servidor (caso de terminación del *iter criminis* de la figura penal), supuesto en el cual estarán practicando actos de ejecución, pero solo uno recibirá el donativo, la ventaja o la promesa, lo cual ataca igualmente la coautoría al no existir dominio funcional del hecho, pues el aporte del traficante es cualitativamente diferente al del interesado. Si eliminamos el componente «donativo, promesa o ventaja», con el fin de equiparar el aporte, nos salimos de la figura de tráfico de influencias.

b) *El interesado como cómplice.* Esta hipótesis de trabajo resulta muy debatible, tanto desde la perspectiva de la complicidad primaria como secundaria (o simplemente complicidad), dado que la intervención del interesado aceptando las propuestas del traficante y entregando el donativo, prometiendo u otorgando ventajas es el fundamento de hecho que da sentido a la tipicidad del supuesto cometido por el autor, y sin cuya existencia no será posible el delito, siendo un asunto de cardinal importancia que no se concilia con los postulados dogmático-jurídicos de la cooperación. Confundir este plano ontológico del delito con el plano jurídico de valoración de las contribuciones del cómplice trae la consecuencia errónea de considerar al interesado como un cooperador necesario del autor del tráfico de influencias[275]. Veamos, el interesado, desde

(273) Véase igualmente cómo abordan el tema Reaño, Caro y San Martín, con base en determinados y llamativos casos sustanciados en el Poder Judicial (*Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 433 y ss.).

(274) En la misma idea véase Reaño Peschiera: "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos", cit., p. 297.

(275) Como, por ejemplo, hace Mir Puig, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 273: si el tercero acepta la solicitud del sujeto activo o autor del

la lectura de la complicidad primaria, tendría que aportar contribuciones escasas y decisivas para que el autor del delito invoque influencias ante él, en un momento de fase preparatoria de las mismas, lo cual se torna un asunto de difícil admisibilidad tanto teórica como práctica. Desde la óptica de la cooperación secundaria, el interesado deberá ayudar mediante contribuciones accesorias o de coadyuvamiento a que el autor vaya preparando o ejecutando el delito, esto es, brindándole, por ejemplo, información sobre la necesidad de que invoque influencias, señalando al funcionario nominado sobre el que tendría que influir, sufragándole gastos diversos por conceptos distintos de los medios corruptores, facilitándole los acercamientos, etc. Estos probables supuestos tienen el inconveniente de transponer planos de interpretación y que pueden dejar sin objeto material al delito de tráfico de influencias.

c) *El interesado como instigador.* Es esta una hipótesis de trabajo mucho más asimilable que la anterior. En efecto, no hay dificultad para aceptar que sea el propio interesado quien forme el dolo del autor del tráfico de influencias y le lleve a cometer el delito (que en la representación mental del interesado debe favorecerle en sus intereses). Naturalmente, que deberán cumplirse aquí los requisitos objetivos y subjetivos establecidos doctrinariamente y recreados jurisprudencialmente para configurar la inducción o determinación de relevancia penal.

En la lectura del interesado como instigador o determinador del delito de tráfico de influencias pueden darse algunas específicas expresiones prácticas, tales como: ***a)*** el interesado busca a una persona que pueda influir sobre el funcionario, le sugiere con marcada intensidad, le pide que influya (influjo psicológico, comienzo de la inducción). La persona invoca sus influencias y pide o acepta el donativo, promesa o ventaja. Se ha producido la determinación o inducción; el interesado es un inductor, el inducido es el autor directo del delito. ***b)*** En la misma hipótesis anterior, la persona a la que el interesado pretende inducir, ni promete ni descarta el ofrecimiento de interceder (lo que se puede resumir con la frase «voy a ver que se puede hacer»), pero recibe el donativo o acepta la promesa o ventaja. Aquí, dicho supuesto resulta altamente discutible que se corresponda con la exigencia de invocación de influencias,

delito, aquel es un cooperador necesario del artículo 430 (tráfico de influencias cometido por sujeto indeterminado) en concurso ideal con el artículo 423.2, referido al cohecho activo.

por lo mismo, revela relativa atipicidad objetiva; no se puede hablar incluso de que estemos propiamente ante una determinación a delinquir. ***c)*** El interesado se vale de terceras personas o actúa conjuntamente con estas para inducir a quien intercederá; este, una vez convencido, invoca influencias, acepta el medio corruptor y ofrece interceder. Se habrá producido igualmente la inducción o determinación contemplada por nuestra legislación penal en su artículo 24. Esta lectura, sin embargo, merece un mayor detenimiento.

El interesado o comprador de influencia ha merecido un detenido análisis en el Acuerdo Plenario 3-2015, orientándose por considerarlo un instigador o determinador en tanto haya, en fase previa a la ejecutiva, creado, hecho nacer o reforzado la resolución criminal en el vendedor de influencias mediante convencimiento.

d) *El interesado como víctima.* Posición que constituye una de las que más ha logrado consenso en la comunidad jurídica, sobre todo de base italiana y en parte colombiana. En efecto, un amplio sector de la doctrina italiana, a través de destacados juristas, se orienta por dar una respuesta afirmativa a la pregunta de si el interesado debe ser considerado víctima. MANZINI fundamenta tal posición en la razón de que son distintos los valores por los cuales actúan ambos sujetos: el traficante *vende humo*, el interesado *compra asado*(276); el traficante, al arrogarse influencias sobre los funcionarios o servidores públicos, lesiona los intereses de la Administración Pública, donde el interesado solo busca una salida a una situación judicial o administrativa. Incluso MANZINI llega a sostener que el comprador de humo puede creer que comete delito, pero en tal caso señala que se trata de un delito meramente putativo. ANTOLISEI, por su parte, considera que el interesado está excluido de responsabilidad penal porque en realidad es una víctima del traficante de influencias, y que el descrédito de la Administración Pública que la norma penal trata de impedir no deriva de la acción del interesado, sino de la del traficante de influencias. HENRIQUE PIERANGELLI, en la doctrina brasileña, comparte igualmente la tesis de que "quien da o promete la ventaja al agente, si bien es el comprador de humo y aunque sea un fraude bilateral, no puede ser incriminado porque ni siquiera concurre a la práctica delictiva por vía de instigación o complicidad; quien es engañado por el vendedor de humo ciertamente no se mueve por la astucia de ser engañado y, por lo tanto, no podría ser castigado como instigador o

(276) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 9, Vol. IV, p. 260.

cooperador"[277]. Por su parte, sectores de la doctrina española consideran que el interesado que acepta "la solicitud del sujeto activo es cooperador del traficante, da aportes de complicidad o instigador"[278].

Es de considerar adecuada la salida que aportan sectores de la doctrina italiana, en el sentido de reputar que el interesado es un concurrente inocuo, que su comportamiento no alcanza el disvalor de acción requerido por la norma penal, máxime si en nuestra figura penal para nada se hace mención expresa del interesado[279]. Sin embargo, la conceptualización del interesado en tanto víctima debe merecer reflexivos niveles de análisis para no generalizar inadecuadamente tal catalogación, por cuanto no es lo mismo una persona desesperada que no tiene más salida –desde su perspectiva *ex ante*– que acudir, pasiva o activamente, al empleo de influencias ilícitas, que la situación de la persona que, pudiendo acudir sin dificultades a los canales de la administración de la justicia, ex profeso hace uso de estos mecanismos para anticipar resultados. No es lo mismo el tráfico de influencias en tanto delito convencional que el tráfico de influencias enmarcado en el contexto de acción del crimen organizado.

XII. LA SITUACIÓN LEGAL DEL FUNCIONARIO O SERVIDOR INFLUENCIADO: ACTO INFUNCIONAL, COHECHO PASIVO, PREVARICATO, ABUSO DE AUTORIDAD[280]

A diferencia de otras legislaciones penales, el modelo peruano de tráfico de influencias no ha enfatizado en su plano de tipicidad la relación

(277) Henrique Pierangelli, José: *Manual de Direito Penal brasileiro*, cit., p. 894.

(278) Al respecto, entre otros, Morillas Cuevas, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, cit., p. 1167.

(279) En tal sentido, la ejecutoria suprema de 20 de mayo de 1998, Exp. Nº 638-98-Lima, Sala C: "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".

(280) Dado que para el modelo peruano estas circunstancias constituyen fases de agotamiento del delito de tráfico de influencias, sin embargo, para el tipo penal español son momentos de consumación de delito, se muestran importantes las reflexiones de Rodríguez Moro, Luis: "Análisis normativo y jurisprudencial de los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 del Código Penal: especial referencia a la dificultad de su prueba", en Puente Aba, Luz María y Souto García, Eva María: *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas actuales*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 174 a 191; ídem, Manso Porto, Teresa: "Breves notas críticas sobre el delito de tráfico de influencias a propósito del caso Noos", en Puente Aba, Luz María y Souto García, Eva María: *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas actuales*, Granada, Editorial Comares, 2016, pp. 193 a 202.

efectiva entre el traficante y el funcionario o servidor de justicia hacia el cual ofrecerá aquel dirigir sus influencias. Tal peculiaridad permite entender que la actitud que asuma el juez en caso de ser objeto de influencia por parte de un tercero no interesa propiamente a la esfera de consumación de dicho delito, pues este quedará perfeccionado típicamente con la recepción o entrega del donativo o la promesa, constituyendo fase de agotamiento los actos ulteriores en los que intervenga el funcionario o servidor conjuntamente con el traficante y, por lo mismo, susceptibles de ser analizados desde la perspectiva de otras figuras legales. Sin embargo, queda latente la posibilidad de que sea dicho *intraneus* (funcionario o servidor público) el que, en contubernio con el traficante o con varios de ellos, planifique el delito o, mejor aún, quien se valga de intermediarios para vender la propuesta de influencia; hipótesis en las cuales se configurara para él un cohecho pasivo específico agravado, que absorbe la tipicidad del tráfico de influencias efectuado por el intercesor o traficante, quien pasará a constituirse en un cómplice del delito del funcionario o servidor. Es poco aceptable que el *intraneus* actúe como inductor de un delito que él mismo planifica, asigna roles y comparte provecho económico, ya que en tal supuesto tiene el dominio total del evento, lo que no se ajusta a las previsiones dogmáticas de la inducción o determinación, según las cuales el inductor debe *formar* el dolo de delinquir en el ejecutor. Por lo demás, en tal caso, aceptar la tesis del *intraneus* como inductor del *extraneus* es de difícil admisibilidad.

Focalizando la posición del juez o servidor público (*intraneus*) que participa en fase posconsumativa al delito de tráfico de influencias, se presentan algunas interesantes hipótesis de relevancia: **a)** de ser consciente el *intraneus* de que un intermediario está influenciando en sus decisiones o, en general, en el curso que da al proceso, pero participa del criterio de que son correctas las argumentaciones o el contenido cognoscitivo de las propuestas lanzadas por el traficante, estaremos ante un hecho en el que no hay riesgo penalmente relevante que se haya concretado en un resultado y que más bien se inscribe en el ámbito posible de valoraciones del juez o servidor público, presentándose un caso de atipicidad por delito de cohecho, no existiendo tampoco un ilícito administrativo[281]; **b)** siendo consciente de la influencia que se ejerce sobre él y de las intenciones del traficante, el *intraneus* –sin comprometerse económicamente incluso a nivel de ventajas– da curso al proceso o resuelve el mismo en contrariedad a Derecho, en

(281) Con igual solución, aunque partiendo de una argumentación diferente, Cugat Mauri: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, cit., p. 211, para quien la provocación de resoluciones totalmente adecuadas a derecho debe quedar excluida del ámbito del tráfico de influencias por no afectarse la imparcialidad en tanto bien jurídico protegido, dado que la acción no ha supuesto un riesgo intolerable para el ordenamiento jurídico.

vinculación causal con el contenido de la influencia. Cabe aquí analizar la configuración delictiva del prevaricato (de existir el «a sabiendas» al que alude el artículo 418 del Código Penal) o abuso de autoridad, así como la posibilidad de considerar que el traficante haya inducido al magistrado a prevaricar; **c)** de recibir el funcionario o servidor público donativo u otro medio corruptor acompañado al ejercicio de la influencia, habrá incurrido en un delito de cohecho pasivo propio o impropio (según su conducta ilícita viole o no sus obligaciones regladas), genérico o específico mientras que el traficante incurrirá en delito de cohecho activo agravado o específico en concurso real con tráfico de influencias[282]; **d)** el acto infuncional se producirá de tener el funcionario o servidor acercamientos o ligerezas inexcusables en su actitud frente al traficante.

XIII. EL ROL DEL ABOGADO Y EL EJERCICIO DE INFLUENCIAS[283]

La Sentencia de Casación N° 374-2015, del 11 de noviembre de 2015, Sala Penal Permanente, abordó académicamente (fundamentos 19 a 34) el tema de los contenidos y límites de la intervención del abogado en cuanto ejercicio de influencias debidas y permitidas legalmente ante las autoridades y servidores judiciales. La exposición de argumentos dogmáticos, doctrinarios, jurisprudenciales, legales y estatutarios le confiere a esta sentencia un particular brillo; sin embargo, sus extremos decisorios han concitado opiniones contrapuestas, esto es, al haber casado la sentencia y terminar absolviendo a un importante político, que había ocupado cargos ministeriales en el gobierno, y a quien se había condenado por delito de tráfico de influencias; decisión judicial que ha dividido a la judicatura y doctrina en torno a la percepción del fenómeno delictivo del tráfico de influencias en su aplicación a los abogados[284].

Los abogados constante y continuamente están ejerciendo influencia sobre los fiscales y jueces de todo tipo, ello forma parte de la práctica de sus

(282) Véase también en este sentido HURTADO POZO: «Interpretación y aplicación del artículo 400° CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias», cit., p. 299, para quien este supuesto implica un concurso real heterogéneo.

(283) Véase, MUÑOZ LORENTE, José: "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 derogación de facto del delito efectuada por la Corte Suprema", en *Actualidad Penal*, enero, 2016, Volumen 19, Lima, Instituto Pacífico, p. 66 y ss. Ídem, CORNEJO PORTOCARRERO, Javier: "El libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de tráfico de influencias", cit., p. 98 y ss.

(284) Al respecto, entre una diversidad de artículos, véase la opinión crítica de BUSTAMANTE REQUENA, José: "Sobre la decisión absolutoria de la Corte Suprema, en la invocación de influencias simuladas por parte del abogado: a propósito de la Casación N° 374-2015-Lima", en *Gaceta Penal*, Tomo 78, diciembre 2015, Lima, Gaceta Jurídica, p. 113 y ss.

funciones y roles, en el contexto del derecho de representación y defensa de sus patrocinados. Para ello, incluso la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Ética de los Abogados han previsto y regulado el derecho que tienen dichos letrados a acceder y entrevistarse con los jueces para exponer sus casos y representar a sus clientes, además de lo contemplado en las normas internacionales. No se trata de actos neutrales y socialmente adecuados, son actos perfectamente válidos y jurídicamente asimilados en la lógica del discurso que admite el sistema democrático de justicia.

Sin embargo, distinto es el escenario en el cual los abogados, vinculados por relación laboral de defensa o representación legal o por fuera de dichos vinculadores –que es el escenario más frecuente del tráfico de influencias–, se hacen dar dinero o ventajas para ofrecer influir ilegalmente en los operadores del sistema de justicia del caso judicial o administrativo, cuando comunican a su cliente que dicho dinero es para comprar el acto de función –en diversidad de expresiones concretas–; en dicha perspectiva, poco interesa que el abogado mienta o efectivamente pretenda concretar su intercesión, está afectando un valor vital a mantener en la sociedad: la buena reputación de la Administración Pública de justicia. En cambio, por fuera de los ámbitos reglados por la norma penal 400 del Código Penal, será penalmente irrelevante que el abogado se haga pagar para ejercer influencias, por ejemplo, para la toma de decisión política en el Ministerio de la Presidencia o para la dación de una ordenanza en la municipalidad, salvo que dicho comportamiento sea absorbido por la tipicidad de un cohecho activo o pasivo; igualmente será irrelevante ya no por la dirección del tráfico, sino en razón a la materia, esto es, por ejemplo, para la aprobación de una contratación en el Ministerio Público o un nombramiento en el Poder Judicial, sucesos que no son casos judiciales ni casos administrativos.

El abogado, por cierto, no es un auxiliar del juez, tampoco un colaborador necesario con la administración de justicia, sus funciones son las de representar, litigar, asesorar, gestionar intereses, etc.; en materia penal, defender la libertad y los derechos de sus clientes. El abogado defensor debe actuar desvinculado del poder del juez y del fiscal, con independencia de ellos, sin someterse, en el marco de sus atribuciones, a los dictados de dichos funcionarios, más allá de las directivas que estos establezcan para la conducción objetiva de los procedimientos. El abogado, es cierto, debe controlar, cuando se presente, el abuso de poder de fiscales y jueces, sin embargo, les debe respeto y alta consideración, dada la valía de los roles que asumen tanto el fiscal, y con mayor fuerza el juez, sin interesar que personalmente un juez o fiscal no destaquen precisamente por sus méritos decisorios, no estén en lo académico debidamente formados, no hayan demostrado sabiduría y prudencia en sus resoluciones o, incluso, sean

irrespetuosos, prepotentes o abusivos, que los hay. El juez vale por lo que encarna o representa, es quien a nombre del Estado y la sociedad administra justicia oficial, ello de por sí es suficiente para elevar al grado más alto su reputación y, con él, el de la administración de justicia.

Indica GOESSEL que la defensa del derecho fundamental a la salvaguarda de la dignidad humana del inculpado obliga al defensor a una actividad unilateral solo en favor de aquel: únicamente tiene que vigilar el proceso penal para evitar infracciones de la ley o injusticias en contra de su cliente; el evitar un proceso ilegal o injusto en favor del inculpado por parte del poder sancionador no constituye tarea del defensor(285). CALAMANDREI, por su lado, llega a decir que en un sistema judicial inevitablemente complicado, como lo es el de los Estados civilizados modernos, la justicia no podría funcionar si no existiesen los profesionales del Derecho, puesto que las dificultades de juzgar resultarían enormemente acrecentadas, hasta constituir obstáculos en la práctica insuperables, si el juez, suprimidos los abogados y procuradores, viniera a quedar en contacto directo con la impericia jurídica y con la mala fe de las partes litigantes (...). Es preciso entender que la presencia del abogado es, o debería ser, para el juez garantía de seriedad y buena fe(286).

(285) GOESSEL, Karl Heinz: *El defensor en el proceso penal*, traducido por R. DOMÍNGUEZ, revisado por Wolfgang SCHÖNE, Bogotá Temis, 1989, p. 28.

(286) CALAMANDREI, Piero: *Demasiados abogados*, traducción de J.R. XIRAU, Madrid, Editorial Reus, 2007, pp. 5 y 6. BAYLEY resume en 4 indicaciones la actitud de los abogados en relación a los jueces: (i) manifieste respeto por los tribunales. Si usted considera que lo están tratando injustamente, el remedio es la apelación, nunca manifestar su desaprobación siendo descortés; (ii) trate de comprender el punto de vista del juez; (iii) dele al tribunal toda la ayuda que pueda; (iv) siempre, siempre, pero siempre, cuando hable con un juez su palabra debe ser tan valiosa como oro sólido, BAYLEY, F. Lee: *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, México, Limusa, 1997, p. 126. La Sentencia de Casación N° 374-2015-Lima, del 11/11/2015, Sala Penal Permanente, respecto del abogado refiere, en el considerando 22 (citando a Alberto BINDER): *"El defensor no es auxiliar del juez ni de la justicia, según nuestro régimen constitucional es un asistente directo del imputado, en tal carácter debe guiarse por lo intereses y necesidades de la defensa de su cliente. No cumple una función pública, sino que asesora a una persona particular, su función y actuación, conforme con las reglas de la ética, debe ceñirse a defender los intereses de ese imputado. En la medida que lo haga el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del Estado de Derecho, y en esto consiste su función pública o social: su contribución, a través, de la asistencia del imputado, en particular, a la legitimidad de los juicios en un Estado de Derecho"*. En el considerando 32, señala lo siguiente: *"El abogado puede aceptar patrocinar todo tipo de causas, incluso si conoce de la responsabilidad o culpabilidad del cliente, debiendo emplear todos los medios lícitos que garanticen el debido proceso y el reconocimiento de sus derechos dentro del marco jurídico aplicable. Es deber del abogado defender el interés del cliente de manera diligente y con un elevado estándar de competencia profesional"*.

XIV. LAS INFLUENCIAS REGLADAS. LOS *LOBBIES*

A lo largo del desarrollo de la humanidad, el juego de intereses ha jugado un papel fundamental para explicar orientaciones políticas, ideológicas, religiosas o incluso económicas, sucesos históricos y contrafácticos (cursos de acción y eventos que pudieron darse y no se concretaron, fueron bloqueados o desnaturalizados). Es intrínseco a la naturaleza social del *Homo sapiens*, que determinadas personas o colectivos de personas traten de influir para que las decisiones de quienes detentan coyunturalmente el poder adopten determinadas características que las hagan compatibles, no perjudiciales, menos lesivas a sus intereses o canalicen sus expectativas. Quien revise el curso de la historia podrá constatar esta lógica discursiva del desarrollo social.

El ejercicio de las influencias para orientar el poder, para moldearlo o, de alguna forma, controlarlo es la historia del otro segmento de la historia, que, por lo general, ha marchado con ella, en una posición secundaria, external, a veces anónima pero siempre presente, inquietante, en algunos casos dando cuenta del factor causal para los cambios, las revoluciones o involuciones sociales.

El conflicto de intereses de grupos más o menos cohesionados o dispersos pero controlados por élites ha determinado igualmente la evolución de las formaciones sociales, de las expresiones de gobierno. Conflictos abiertamente antagónicos o contradictorios que han acudido, generalmente, a las vías violentas para desatar los nudos. Conflictos mediatizados por las formas legales. Conflictos latentes que activarán ulteriores formas de acción.

Los grupos de presión o de intereses han estado presentes siempre en la historia, ya para defender un propósito o atacar una política, evitar una decisión que les perjudica o concretar una propuesta, con más fuerza aún en sociedades democráticas, las que posibilitan un juego mayor de intereses que las sociedades cerradas, totalitarias o autoritarias que acuden a la persecución, represión o alienación social.

Continuamente se está practicando este juego dialéctico de intereses en la modernidad y ahora en los escenarios de posmodernidad, desde los sindicatos que plantean sus requerimientos y las patronales que miden, calculan y a veces conceden; pasando por el escenario parlamentario, donde los congresistas que formulan proyectos y postulan modificar las bases legales reciben la presión de las entidades empresariales o de los grupos institucionales involucrados, hasta el intenso y siempre difícil escenario donde se mezclan intereses de las poblaciones nativas, históricamente olvidadas, y los planes de desarrollo estatal y empresarial, entre una miscelánea variadísima

de otros núcleos de interacción humana, hasta apreciar en la actualidad los *lobbies* ciudadanos, que pueden incluso tirarse abajo ministros y hasta Gobiernos[287]. El *lobby* ciudadano, nos dice GUTIÉRREZ-RUBI, es colectivo (se basa y beneficia de las dinámicas *crowd*). Busca la independencia (de intereses políticos y/o económicos) y el interés general –el bien común–[288].

Los *lobbies* son una expresión de la gestión de conflictos a través de la legalidad, de su encausamiento no violento, legalidad que abre espacios de permisividad para un juego reglado de las influencias en la toma de decisiones políticas, económicas, de gestión de las condiciones de aceptabilidad de mínimos daños y beneficios compensatorios. Rafael RUBIO nos dice que Abraham fue el primer lobista en la historia occidental, al haber negociado con Dios para salvar del fuego a Sodoma y Gomorra[289].

Nacido en el mundo anglosajón, el *lobby*, fundado en el derecho de petición (*Righ of petition*), tiene su partida formal de bautismo en la *Foreign Agents Regulation Act* (FARA) de 1938, pero es desarrollado posteriormente en 1946 (Federal Regulation of Lobbyng Act - FRLA) y en 1995 (Lobbyng Discloure Act - LDA, modificada por el Honest Leadership on Open Goverment Act - HLOGA en 2007). En Europa, el Tratado de Lisboa de 2007 uniformizó y dio partida legal comunitaria a la actividad del *lobby*, la misma que era ya practicada desde 1979 en Bélgica. A junio de 2011, la Comisión Europea, que había abierto un registro voluntario de lobistas en junio del 2008, tenía ya registradas un total de 4011 entidades anotadas[290]. En Washington, afirma HULA, Kewin, el universo de los grupos de interés ha crecido en forma explosiva. El número de asociaciones ha pasado de 5,000 a más de 25,000 al finalizar el siglo XX. Se han creado nuevos grupos de interés público para representar a los consumidores, las causas ambientales y el bienestar social, entre otros[291].

(287) Al respecto, FILLIEULE, Olivier y TARTAKOWSKY, Daniele: *La manifestación. Cuando la acción colectiva toma las calles*, traducción de Ariel DALON, México, Siglo XXI Editores, 2012.

(288) GUTIÉRREZ-RUBI, Antoni: "Movilización en entornos digitales. El *Lobby* y *advocay* a través de las TIC y la red", en FILLIEULE, Olivier y TARTAKOWSKY, Daniele: *La manifestación. Cuando la acción colectiva toma las calles*, traducción de Ariel DALON, México, Siglo XXI Editores, 2012, p. 64.

(289) RUBIO, Rafael: "Orígenes del *Lobby* en España", en *El Lobby en España. ¿Asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014, p. 29.

(290) Al respecto, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: "*Lobbies*, corrupción y tráfico de influencias", en DEMETRIO CRESPO, Eduardo y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castilla de Luna-Ediciones Jurídicas, 2015, p. 271.

(291) HULA, Kewin: *Cabildeo/Lobbyng*, traducción de Edgar Antonio RUIZ GONZÁLEZ, México, Editorial Limusa, 2002, p. 14.

El lobista, el especialista y profesional en el manejo y gestión de intereses, es el representante de intereses particulares y quien los promueve (para ser evaluados) en sectores de la Administración Pública (centros de poder) generalmente de poder estatal con la finalidad de influir en la toma de decisiones, sea el Congreso, los ministerios de Estado u otros organismos públicos. Sus roles son de gran importancia para que los funcionarios públicos tomen cuenta, ponderadamente de las expectativas de los grupos de interés y de las repercusiones probables de sus decisiones. Es quien tiene acceso a las reparticiones públicas –la ley, los reglamentos, así lo han previsto y autorizado– para exponer los puntos de vista, las expectativas y requerimientos de su representada. La FARA, la OCDE y la Comisión Europea han elaborado pautas de gestión y códigos de conducta(292).

El *lobby*, precisa PÁUCAR CHAPPA, cuyo significado es "vestíbulo" o "salón", es un colectivo con intereses comunes que ejecuta acciones canalizadas a mediatizar o influir ante la Administración Pública con el objetivo de promover decisiones favorables a los intereses de ese sector concreto de la sociedad(293). La **jurisprudencia nacional** ha tenido ocasión de analizar los actos de gestión de intereses y su relación con el ejercicio amplio de la abogacía, sobre todo en el ámbito de la gestión empresarial, aprovechando el caso judicial que involucró a funcionarios de la empresa noruega *Discovery Petroleum* (que participara en concesión de lotes petroleros), llegando a considerar que "el hecho de haber el procesado ejercido cargos políticos y planteado –incluso en un ámbito de informalidad– la ejecución de determinados proyectos de inversión, o por el hecho de haber gestionado las reuniones que sostuvo el representante de la empresa con el Presidente de la República y el Ministro de Energía y Minas, durante su visita al Perú, no puede ser tomado como prueba de cargo suficiente para afirmar que ello motivó que sus servicios sean contratados para fines ilícitos"(294).

La ley (28024, con ulteriores modificaciones) y el reglamento (D. S. N° 099-2003-PCM, del 20/12/2003, luego el D. S. N° 120-2019-PCM, del 01/07/2019) sobre gestión de intereses en la Administración Pública definieron que ello era la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha

(292) Véase, OCDE: *Recomendaciones sobre los principios de transparencia e integridad del* Lobby, París, 2010.

(293) PÁUCAR CHAPPA, Marcial: *Los favores políticos y el* lobby *o gestión de intereses en el escenario de la corrupción política*, Lima, ARA Editores, 2014, p. 29.

(294) Ejecutoria suprema del 17/05/2017, R. N. N° 677-2016, Lima, Sala Penal Permanente.

decisión en el sentido deseado por ellas (artículo 3, definiciones, del Reglamento de 2003 y 2019), prohibiendo expresamente a los funcionarios públicos llevar a cabo actos de gestión (párrafo final del artículo 3 de la Ley) en intereses distintos a los institucionales o estatales. La regulación normativa fijó una serie de deberes para los gestores de intereses tanto personales o de representación, al igual que un conjunto de minuciosos requisitos de transparencia que al final confluirían para hacer fracasar la eficacia de la ley, en un ambiente acostumbrado a esconder los intereses y los nombres de las entidades representadas. La gestión de intereses de particulares y de entidades privadas ante funcionarios públicos con capacidad para tomar decisiones, a la fecha no ha cumplido su rol, habiéndose convertido la ley en norma jurídica simbólica.

Hay que precisar que nunca la legislación nacional de gestión de intereses en la Administración Pública estuvo abierta para su actuación en casos de justicia jurisdiccional o para los casos administrativos, de modo que la actividad permitida legalmente del *lobbying* se habría convertido en prohibida si se activaba en materia jurisdiccional. Las prácticas del tráfico de influencia en la medida que constituyen actos penalmente relevantes no han sido reconocidas por la Ley N° 28024 a efectos de conferirle un marco de permisibilidad y legalidad. El terreno de las influencias permitidas, en dichos ámbitos de justicia oficial, sigue siendo cautivo para los abogados y los *amicus curiae*.

XV. ESTAFA Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Entre el delito de estafa y el de tráfico de influencias existen apreciables similitudes, pero también diferencias. Las mayores semejanzas se producen en la modalidad de tráfico de influencias simuladas o aparentes con percepción de provecho económico, en la que el supuesto de hecho imputado al sujeto activo puede generar un aparente concurso ideal entre ambos delitos(295).

Las diferencias son las siguientes: **a)** legalmente, ambos lesionan bienes jurídicos distintos (el patrimonio económico y la Administración Pública), tratándose, por lo tanto, de delitos de distinta naturaleza jurídica: común y especial; **b)** el tráfico de influencias es un delito de peligro, la estafa es de resultado; **c)** no toda figura de tráfico de influencias supone el uso de ardides e inducción a error; **d)** en el delito de estafa, el perjudicado

(295) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 661. Dicho tratadista es de la opinión de que dicho tráfico de influencias es una variedad específica de la estafa (*ibidem*, Vol. II, pp. 659-660).

directo tiene mención legal típica expresa, en el tráfico de influencias no; **e)** el sujeto pasivo es distinto en la estafa (el particular o la persona jurídica afectada) y en el tráfico de influencia (la Administración Pública); **f)** la tipicidad del tráfico de influencias se refiere a la entrega o recepción de donativos o ventajas, luego de que el agente invoque poseer influencias y ofrezca interceder ante funcionario o servidor público específicos; en la estafa, el acto de disposición que marca la consumación del delito es producto del error en el que incurre el perjudicado producto del engaño; error y engaño que no son necesariamente elementos de tipicidad del tráfico de influencias. En un caso de tráfico de influencias, el interesado puede ser objeto de estafa cuando ni la influencia existe, ni la intercesión es posible, por ejemplo, cuando inexiste el funcionario o aún no hay caso jurisdiccional ni administrativo.

La intercambiabilidad (solución al concurso aparente de normas) entre la tipicidad del tráfico de influencias y la estafa puede presentarse con cierta frecuencia. En efecto, en determinados supuestos, la imputación de tráfico de influencias perderá fuerza por el de estafa cuando, por ejemplo, no exista ofrecimiento de intercesión ante el funcionario público o cuando este no exista, cuando las influencias simuladas se basen en el error generado por el engaño en que se ha hecho incurrir a la víctima sin que exista pretensión de interceder. En la hipótesis de tráfico mediante influencias simuladas, de concurrir los demás elementos de tipicidad (invocación de influencias, ofrecimiento de intermediación, existencia real del funcionario o servidor público nominados y obtención de provecho patrimonial), la tipicidad del tráfico de influencias absorberá los componentes típicos de estafa que pueda admitir o mostrar el supuesto de hecho.

XVI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Son casos de atipicidad:

- La simple propuesta de interceder mientras no se produzca la recepción del medio corruptor es acto preparatorio no punible.
- El interceder ante funcionario o servidor público judicial o administrativo sin existir de por medio donativo, promesa o ventaja es atípico por la no concurrencia del aludido componente objetivo del tipo. Si la intercesión se convierte en patrocinio, el hecho se subsumirá en la figura del artículo 385.

- Igualmente, la intercesión desinteresada o el ejercicio de influencias sin motivador corruptor, en caso de que sea practicada, incluso, por funcionario o servidor, está fuera del tipo.
- Cuando la víctima da donativo, ofrece promesa o concede ventaja producto de su propio autoconvencimiento de una posición de influencia inexistente sin que el sujeto activo haya hecho directa o indirectamente invocación de influencias.
- La invocación de influencia y el ofrecimiento de intercesión ante funcionarios o servidores distintos del ámbito judicial o del caso administrativo, es decir, por fuera de los nominados en la norma penal.
- El error de tipo invencible, con ciertas reservas.
- La práctica de influencias autorizadas o permitidas por parte de determinadas personas o profesionales (lobistas, abogados).

2. Causas de justificación

- Cabe plantearse el estado de necesidad justificante que explique el comportamiento típico del agente.

XVII. PROBLEMÁTICA

1. ¿La simple sugerencia u oferta hecha a una persona de interceder ante funcionario es ya una situación delictiva?

El delito aún no se ha consumado, está en fase de actos preparatorios, por lo tanto, es impune. A efectos de darle racionalidad al delito en estudio se deberá tomar en cuenta la seriedad (posibilidad de concreción) de la propuesta y su verosimilitud (apariencia de verdad), desde una perspectiva *ex ante*. Una simple indicación o consejo sobre la persona influyente no admite suficiencia para definir un acto de relevancia penal por tal delito.

2. ¿Si el sujeto solicita dinero al interesado para corromper al funcionario o servidor público, ello configura delito de tráfico de influencias?

No, puede tratarse de una estafa o de un caso de complicidad (en relación con el interesado) en cohecho activo, en el caso de que este tenga conocimiento de dicha finalidad. La tipicidad del tráfico de influencias no está construida sobre la base del pacto y conocimiento del destino del medio corruptor, en tanto va dirigido al *intraneus* específico.

3. ¿Las ventajas sexuales pueden constituir el precio para el ofrecimiento hecho por el traficante de influencias?

El asunto es muy discutible en la doctrina y jurisprudencia comparada. La frase abierta y amplia de *«cualquier ventaja»* parece afirmar una respuesta positiva.

4. ¿Requiere el delito de tráfico de influencias idoneidad de los actos ejecutivos (es decir, credibilidad de las influencias y verosimilitud del ofrecimiento)?

Debe existir un mínimo de razonabilidad en la oferta. Una respuesta taxativa al respecto es difícil, se tiene que evaluar la situación concreta y las circunstancias (culturales, de urgencias, edad, etc.) que rodean al interesado. Un estricto análisis *ex ante* que descarte las ofertas inidóneas se torna poco practicable, dadas las características con las que se desarrolla este delito, que trabaja con interesados de diferente nivel cultural y con diversos planos de vulnerabilidad, de los que se aprovecha el traficante, lo que nos lleva a evaluar caso por caso.

5. ¿El abogado que invoca influencias ante su cliente puede ser imputado por tráfico de influencias?

El abogado siempre va a pretender influir sobre el magistrado o sobre el servidor de justicia y, en general, sobre todo funcionario donde tiene intereses inherentes a su profesión. Dicha pretensión de influencia se va a manifestar mediante argumentaciones racionales, lazos de amistad, de estudios, familiares, favores, etc., siendo todo ello parte de un marco posible de actuación que, al estar sujeto a un contrato expreso o implícito de servicios profesionales, aleja la posibilidad de observar tipicidad por delito de tráfico de influencias, siendo ello un acto ajustado socialmente. Esto no descarta la posibilidad de que el abogado u otro profesional vinculado con la administración de justicia simule una contratación laboral inexistente con el interesado para avalar una práctica de beneficios por actividades ilícitas de venta de influencias reales o aparentes.

Por lo demás, de la redacción normativa de la figura penal de tráfico de influencias se descarta que una relación laboral de servicios profesionales, en la que habrá obviamente intercesión o intermediación a través de actos de patrocinio o representación, en los cuales de alguna forma pueda producirse una invocación de influencias, pase a ser considerada penalmente relevante, ya que ella incluye riesgos tolerables por el sistema.

6. ¿Cualquier tipo de influencia constituye delito?

No, la influencia no es propiamente el núcleo de la tipicidad del delito regulado en el artículo 400 del Código Penal, este no penaliza de modo genérico a la capacidad de sugestión o el poder de incidir en la voluntad del funcionario o servidor público especialmente consignados en la norma penal. Que un particular ejerza influencia en el sujeto público o que un funcionario lo haga sobre otro funcionario no es suficiente para configurar la tipicidad del delito de tráfico de influencias, ello puede constituir un riesgo soportable por el sistema, reconducible a lo mucho –en el caso de los sujetos públicos– por los cauces del acto infuncional o irregularidad administrativa. Para que la influencia pase a adquirir importancia penal se requiere además que sea invocada ante el interesado y que la intercesión sea condicionada a la presencia de algunos de los medios corruptores señalados en el tipo penal.

XVIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 204: *El que simulando o exagerando su influencia o sus relaciones con un miembro del Parlamento o con un funcionario público, reciba o haga dar o prometer a sí o a otro, dinero, u otro beneficio como estímulo o recompensa de su propia mediación con estos o con el pretexto de tener que comprar su favor o tener que remunerarlo, incurrirá en la pena de uno a cinco años de reclusión y multa de 50 a 1500 liras.*

Si el culpable fuere un funcionario público se agregará a dicha pena en todos los casos, la inhabilitación temporal para cargos públicos».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 346 (*millantato credito*): *Quienquiera que atribuyéndose influencia acerca de un oficial público o de un empleado público que preste un servicio público, recibe o hace dar a sí o a otros, dinero u otra utilidad, como precio de su mediación ante el oficial público o empleado público, será castigado con la reclusión de 1 a 5 años y con multa de 3000 a 20,000 liras.*

La pena será de reclusión de 2 a 6 años y multa de 1 millón de liras a 6 millones, si el culpable recibe o hace dar o prometer, a sí o a otro,

dinero u otra utilidad, con el pretexto de tener que comprar el favor de un oficial público o empleado, o de tener que remunerarle».

3. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 147: *El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal».*

4. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 411: *El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos salarios (200) mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años».*

5. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 404 bis a): *El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad y consiguiere una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».*

6. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 428: *El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con este o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le*

pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».

«Código Penal de España (1995), artículo 429: *El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con este o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de 6 meses a 1 año y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior».*

«Código Penal de España (1995), artículo 430: *Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.*

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

7. Argentina (Ley N° 25.188, que adiciona al Código Penal el artículo 256 bis)

«Artículo 256 bis: *Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que este haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones.*

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, a fin de obtener la emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a 12 años».

8. Portugal (1995)

«Artículo 335: Tráfico de influência: *Quem por si ou interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de entidade publica encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções, benefícios ou outras decisões anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal*» Redacção do artículo 2 da Lei N° 65/98, de 2/9).

9. Chile (1874)

«Código Penal de Chile (1874), artículo 240 bis (2° párrafo): *Las mismas penas se impondrán al empleado público que, para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en los incisos tercero y final del artículo precedente en cualquier clase de contrato u operaciones en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en él para obtener una decisión favorable a esos intereses*».

«Código Penal de Chile (1874), artículo 248 bis: *Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente*».

2

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: 1. Indebidamente "se interesa" directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero. 2. El objeto del interés indebido del funcionario o servidor público: el contrato u operación. 3. Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Participación. **IX.** Penalidad. **X.** Concurso de delitos. **XI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. 3. Causas de exculpación. **XII.** Problemática. **XIII.** Legislación extranjera: 1. España (1870). 2. España (1995). 3. Francia (1810). 4. Italia (1930). 5. Argentina (1922). 6. Portugal (1982). 7. Colombia (1980). 8. España (1995).

Artículo 399: *«El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa»* (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013; y por el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004).

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa se halla en el artículo 345 del Código Penal de 1924[296]: *«El funcionario o empleado público que directa e indirecta-*

(296) Artículo que a su vez tiene su precedente en el artículo 201 del Código de 1863. Ambos textos punitivos tienen idéntica redacción típica, salvo en la penalidad, ya que en el Código de 1863 solo se sanciona con inhabilitación y multa.

mente se interesare en cualquier contrato u operación, en que debe intervenir por razón de su cargo, será reprimido con inhabilitación especial, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de tres años y multa de la renta de tres a noventa días. Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares, respecto de las cosas o bienes en cuya tasación adjudicación o participación intervienen y a los guardadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

Por su lado, el artículo 201 del Código Penal de 1863, con igual redacción, es la fuente del Código de 1924, cambiando únicamente el tiempo del verbo rector interesar por "se interesa", en tiempo presente, y utilizando el elemento normativo "empleado público" y no el término funcionario. Por cierto, la pena en el Código Penal de 1863 era la inhabilitación y multa del 10 al 50 % sobre el valor de la parte que hubiere tomado en el negocio, acusando aquí la total influencia de la legislación penal española.

La fuente legislativa extranjera se halla en el artículo 324 del Código Penal español de 1850, y en el artículo 175 del Código Penal francés de 1810[297], que sirvieron de matrices para las fórmulas peruanas de 1863, 1924 y 1991, argentina de 1922 (actualmente vigente) y colombiana de 1936 y 1980. El artículo 265 del Código Penal argentino –delito de negociaciones incompatibles en el ejercicio de funciones públicas– fue modificado el 26/10/1999 por Ley N° 25188 (Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública), que anexó a la acción de "interesare" el componente "en miras de un beneficio propio o de un tercero". La legislación penal italiana contempló igualmente el delito de interés privado en actos de la Administración Pública (artículo 324 del *Codice penale* de 1930, artículo actualmente derogado: "*El funcionario público, que directamente o por interpósita persona, o con actos simulados toma un interés privado en cualquier acto de la Administración Pública en que ejerza su cargo, será reprimido con reclusión de 6 meses a cinco años y con multa*". El citado artículo 324 tiene a su vez su fuente en el artículo 176 del *Codice penale* de 1889).

La legislación penal española reguló esta figura delictiva, con matices y expresiones propias desde el Código Penal de 1822 (artículo 479: "*Cualquier funcionario público o comisionado en nombre del Gobierno que, o abiertamente, o por medio de algún acto simulado, o por interpósita persona, tome para sí en todo o en parte finca o efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicación, embargo, secuestro, partición judicial, depósito o*

(297) Véase "Legislación extranjera".

administración intervenga en aquel acto por razón de su cargo u oficio, o bien entre a la parte en alguna otra negociación o especulación de lucro o interés personal relativas a las mismas fincas o efectos, o a cosa en que tenga igual intervención oficial, perderá su empleo o cargo, no podrá volver a obtener otro cargo alguno público en el espacio de dos a seis años [...] y pagará una multa del seis al veinte por ciento del importe de la finca efecto o interés de la negociación, siendo además nula cualquier adquisición que haga de esta manera"), conservando el modelo hasta el Código de 1995, donde, con la reforma de 2015, adquiere su redacción actual. Sin embargo, no es el artículo 439 del Código de 1995, en su versión original, que aludía a "informar por razón de su cargo", luego la versión de 2010, que construye la conducta típica con la frase "debiendo intervenir por razón de su cargo", sino el artículo 401 del Código Penal de 1970, al igual que en el siglo XIX el artículo 324 del Código Penal español de 1850, el que mantiene relación directa con nuestro diseño actual. En efecto, dicho artículo 401, ya derogado, señalaba: "*El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesase en cualquier contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del tanto al triplo del interés que hubiere tomado en el negocio*". Nótese la gran similitud con el tipo penal nacional original del Código de 1991, el que a su vez entronca con el Código Penal de 1924 y, por lo mismo, con el Código Penal español de 1850.

II. LA FIGURA PENAL

El diseño peruano de negociación incompatible de funcionario o servidor público pertenece a la familia de los modelos colombiano (artículo 145, Código de 1980 y artículo 409, Código del 2000), de Costa Rica (artículo 347 del Código Penal), chileno (artículo 240 del Código Penal) y, entre otros, argentino (artículo 265), de notoria y nítida influencia española e italiana. El Código Penal de **Puerto Rico** se aleja del modelo español y argentino para darnos un tipo penal de mayor riqueza, criminalizando expresamente al tercero beneficiado, cuando señala en su artículo 253: "*Todo funcionario o empleado público que por razón de su cargo, directamente o mediante un tercero, promueva, autorice o realice un contrato, subasta o cualquier operación en que tenga interés patrimonial sin mediar la dispensa o autorización que permita la ley, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de tres años. El tercero beneficiado también incurrirá en este delito. Si la persona convicta es una persona jurídica será sancionada con pena de multa hasta 10,000 dólares. Si la persona obtiene el beneficio perseguido, será sancionada con pena de reclusión por tiempo fijo de 8 años (...)*". En este diseño de mayor pormenorización

y detalle de criminalizaciones se encuentra igualmente el Código Penal de **Chile**, luego de una intensa reforma producida por las Leyes N°s 19585 (26/10/1998) y 19645 (11/12/1999), que modificaron y ampliaron el artículo 240, que establece un tipo básico similar al argentino-colombiano para el empleado público que se interesare en cualquier clase de contrato u operación en el que deba intervenir por razón de su cargo; pero en tres párrafos subsiguientes considera (i) una equiparación normativa con la misma pena para peritos, árbitros y liquidadores comerciales; (ii) favorecimiento al cónyuge, ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, y colaterales legítimos hasta el tercer grado y afinidad hasta el segundo, padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas por adopción con el empleado público; (iii) al empleado público que diere interés a terceros asociados con él o con las personas indicadas precedentemente, o a sociedades, asociaciones o empresas en que dichos terceros o esas personas tengan interés social superior al 10 % si la sociedad es anónima, o ejerzan su administración en cualquier forma.

En el Código Penal argentino, las modalidades de interés ilícito pueden producirse directamente, por persona interpuesta o por acto simulado. En la figura peruana puede ser directa o indirectamente o por acto simulado. Dos maneras de significar lo mismo. Cabe destacar que la norma penal nacional, luego de la reforma producida en el año 2004 con la Ley N° 28355, incorporó la frase "en provecho propio o de tercero" a continuación del verbo rector "se interesa", diferenciándose del modelo francés y español vigente del delito de negociaciones incompatibles, con lo que la semejanza con el diseño argentino se incrementa.

Hasta antes de la reforma de 2004, este delito –que se hallaba regulado en el artículo 397 del Código Penal– mostraba una gran generalidad dada la extrema apertura e indeterminación de la locución "se interesa", que definía el comportamiento típico del sujeto público. Al agregarse a la acción "se interesa" el "provecho propio o de tercero", el tipo legal ganó no solo precisión descriptiva afín al mandato de determinación, sino que la conducta típica adquirió, en el plano subjetivo, una marcada tendencia interna orientada al provecho; ello además permitió una correcta categorización de este ilícito penal como modalidad de corrupción en el marco de las contrataciones, que la jurisprudencia de la Corte Suprema advertiría más adelante[298].

(298) Por todas, véase la Sentencia de Casación N° 841-2015, del 24 de mayo de 2016, de la Sala Penal Permanente, fundamento 31.

Este delito, regulado en el artículo 399 del Código Penal, se trata de una figura legislativamente descrita con cierta generalidad estructural al no especificarse la naturaleza del contrato u operación que, como se apreciará del análisis a realizar ulteriormente, lo semeja y a la vez lo aleja del delito de colusión ilegal contenido en el artículo 384 del Código Penal, con las obvias diferencias que el tipo penal de negociación incompatible no requiere necesariamente concertación ni existencia de perjuicio y que se halla considerado propiamente como un delito de corrupción. Notas características, las primeras, que explican su penalidad menor. Por lo demás, el legislador peruano ha preferido ubicar esta figura en el rubro de corrupción de funcionarios, a diferencia del legislador español, que lo localiza en tanto una forma de fraude ilegal (Código Penal de 1973) o un delito incluido en el rubro «negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos» (Código Penal de 1995), lo cual es un referente necesario para la interpretación de la norma, esto es, la figura penal de negociación incompatible constituye una modalidad de corrupción, por lo mismo, la conducta del funcionario/servidor público debe poseer esa naturaleza y no explicarse o generarse por la sola confluencia de irregularidades o anomalías administrativas.

Si bien hay que enfatizar que la frase "negociación incompatible" no explica coherentemente los componentes del tipo penal 399, pues no hay posibilidad de encontrar en él referentes fácticos que den cuenta de tratos, convenios o actividades que supongan negociar o acordar intereses incompatibles; sin embargo, dado que la frase ha ganado consenso de uso en la legislación comparada al igual que en la doctrina y jurisprudencia, la práctica ha legitimado conceptualmente su utilización en la práctica forense y judicial. Sin embargo, despersonalizando el sentido del verbo negociar y asumiéndolo en su acepción objetiva, es aceptable considerar que la Administración mediante sus funcionarios realiza actividades que suponen o ingresan en el ámbito de la negociación en representación de los intereses de la entidad en la cual cumplen funciones. Cabe precisar que la legislación penal argentina ubica este tipo penal en un capítulo autónomo denominado «Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas».

Este tipo penal merece cuestionamientos no por su existencia, como sostiene ABANTO VÁSQUEZ[299], sino por su ubicación sistemática, que al igual que la figura de colusión ilegal exige una sección independiente integradora de «las negociaciones e incompatibilidades de los funcionarios y

(299) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 446.

servidores públicos». De otro lado, no es exacto equiparar la figura penal de negociación incompatible con una fase de tentativa del delito de colusión, pues este posee un componente de tipicidad objetiva que le es inexistente a aquella: "el concertarse con los interesados". A efectos de una mejor sistematización resulta razonable que esta figura penal *–de lege ferenda–* debiera ser reubicada junto al tipo penal de colusión (artículo 384), en tanto modalidades de fraudes e incompatibilidades, de naturaleza contractual, contra la Administración Pública.

La reforma producida con la Ley N° 28355 agregó la frase «en provecho propio o de terceros» e incrementó la pena privativa de libertad, que antes era de 2 a 4, por la de 4 a 6 años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Posteriormente, la Ley N° 30111 (26/11/2013) completaría el cuadro legislativo actual de este tipo penal al anexar la pena de multa, que oscila de 180 a 365 días.

La dación en julio de 2003 de la Ley que Regula la Gestión de Intereses en la Administración Pública (Ley N° 28024), seguida de sus reglamentos, D. S. N° 099-2003-PCM y 120-2019-PCM, bajo estándares de transparencia y lineamientos éticos de los gestores de intereses para influir en la toma de decisiones públicas específicas, refuerza la prohibición legal en la que se hallan los funcionarios y servidores públicos de interesarse indebidamente en provecho propio o de terceros en las negociaciones estatales(300), pero a la vez establece el marco de actuación de dichos sujetos públicos en su relación con los gestores de intereses privados (personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras), a efectos de la toma de políticas y decisiones públicas. Fija, asimismo, sus obligaciones y prohibiciones, así como precisa que las comunicaciones entre los gestores y los funcionarios con capacidad de decisión constarán documentalmente. La ley excluye de sus alcances en forma taxativa las funciones jurisdiccionales del Poder Judicial, de los organismos constitucionales autónomos y de las autoridades y tribunales ante los que se sigue procesos administrativos. Así, la gestión de intereses particulares ante la Administración Pública, contemplada por la ley, se restringe a los sectores del Ejecutivo, Congreso de la República, gobiernos locales y regionales, y a la actividad empresarial

(300) Artículo 3 de la Ley N° 28024, publicada el 12/07/2003: "Se entiende por gestión de intereses a la actividad mediante la cual personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, promueven de manera transparente sus puntos de vista en el proceso de decisión pública, a fin de orientar dicha decisión en el sentido deseado por ellas. La gestión de intereses se lleva a cabo mediante actos de gestión.
Los funcionarios públicos se encuentran prohibidos de realizar actos de gestión por intereses distintos a los institucionales o estatales".

del Estado, prohibiéndose en este marco, con excepciones[301], la aceptación por parte de los sujetos públicos de liberalidades otorgadas por los gestores de intereses o de terceros representantes (obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos). La Ley N° 28024 fue modificada posteriormente por los Decretos Legislativos N°s 1353 y 1415, para finalmente dictarse el Reglamento 120-2019-PCM (01/07/2019), que realiza un marco de mayores precisiones normativas (registros de visitas en línea y de agendas oficiales, entre otras).

Existen **cuatro modelos europeos bien definidos del delito de negociación incompatible**, que los podemos centralizar en los modelos francés, italiano, suizo y español, este último en la expresión que nos interesa afincado en el artículo 401 del Código Penal de 1970, que tomando su origen en el Código Penal de 1850 ha servido de base para los Códigos latinoamericanos. El **modelo francés**, en realidad, dio origen al delito, sentó su carta de ingreso en los Códigos Penales europeos y, a partir de ellos, en el resto del mundo. Si bien pueden rastrease componentes de la figura penal, objeto de estudio, en legislaciones más antiguas; sin embargo, el artículo 175 del *Code pénal* francés fue quien ofreció por primera vez el diseño técnico legislativo completo, descriptivo y normativo, del delito de "interés de funcionario en negocios públicos incompatibles con su función" *("Todo funcionario, oficial público, o agente de gobierno, que ya abiertamente, por acto simulado, o por medio de otras personas, hubiere tomado o recibido un interés en las actas, adjudicaciones, empresas, o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un mínimo de seis meses o un máximo de dos años de prisión [...] y multa [...] Se le declarara además incapacitado durante toda la vida para ejercer cargo público")*[302]. El modelo sufrió algunas variaciones a través del tiempo, estando en la actualidad regulado en el artículo 432-12 (*De la Prise Illegale d'Intéréts*) del Código Penal francés de 1992, que con una técnica de redacción más adecuada a los tiempos y con varias modalidades en cinco párrafos.

Señala el primero de ellos: *"El hecho, de una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público o por una persona investida de un mandato de elección pública, de tomar,*

(301) Ver la Ley N° 28024, artículo 18 (De las excepciones), en el que, entre otras, no se consideran liberalidades, las contribuciones de origen lícito a favor de las campañas electorales y los legados o donaciones a favor de entidades del Estado.

(302) Texto del Código Penal francés –traducido por Gervasio Tarazona– en Romero Girón, Vicente y García Moreno, Alejo: *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos*, Madrid, E. Maroto y Hermano Impresores, 1889.

recibir o conservar, directamente o indirectamente, un interés cualquiera en una empresa u operación por la cual tiene al momento de actuar, en todo o en parte, la responsabilidad de velar por la supervisión, la administración, liquidación o el pago, es castigado con cinco años de prisión y multa de 500,000 euros (...)"(303).

El **diseño italiano** del delito en estudio, en una conducta típica de bastante apertura, señalaba en el artículo 324 del *Codice penale* (artículo derogado el 26 de abril de 1990) lo siguiente: "*El funcionario público que, directamente o por medio de interpósita persona toma un interés privado en cualquier acto de la Administración Pública donde ejerce su función, es castigado con reclusión de seis meses a cinco años y multa de duecentomila a quattro milioni*"(304).

El **Código Penal suizo** nos ofrece un tercer modelo de interés, con particularidades que lo distinguen de los diseños anteriores; el artículo 314 regula que: "*Los miembros de una autoridad y los funcionarios que con el propósito de procurar para sí o procurar para un tercero una ventaja ilícita, hayan perjudicado los intereses públicos que tenían la obligación de defender serán castigados con pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa*"(305). Caracterizan el modelo suizo del delito de "gestión desleal de intereses públicos" estar construido legislativamente con mayor amplitud de alcances en la esfera de protección jurídico-penal, no circunscrito solamente a los negocios patrimoniales del Estado y además requerir un perjuicio a los intereses públicos(306).

El cuarto modelo lo titulariza el artículo 439 del **Código Penal español,** que en su versión modificada de 2015 establece los siguiente: "*La autoridad o funcionario que debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena privativa de libertad de seis meses a dos años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 2 a*

(303) MAYAUD, Ives y GAYET, Carole: *Code pénal annoté*, 115 édition, París, Dalloz, 2018.

(304) *Codice penale esplicato articolo per articolo*, XXIII Edizione, Napoli, Edizione Giuridiche Simone, 2019.

(305) Code penal suisse. Schweizerische Eidgenossenschaft/Confédération suisse/Confederazione Svizzera/Confederaziun svizra, Berne, Edité par la Chancellerie fédérale, 2019.

(306) Véase, THORMANN y VON OVERBECK: *Das Schweizerische Strafgesestzbuch, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen*, cit., pp. 314-315.

7 años"[307]. Esta versión de la legislación penal española difiere de la del Código Penal de 1970 (artículo 401, similar al artículo 399 del Código Penal peruano), al ampliar la criminalización a "*asunto*" y "*actividad*" (además de contrato u operación) en los que interviene el funcionario por razón de su cargo, y haber sustituido la conducta "interesarse en cualquier clase de contrato u operación" por "*forzar o facilitarse cualquier forma de participación en tales negocios*", con lo cual ha incluido elementos coactivos en el comportamiento típico.

Por su parte, las **diferencia entre el modelo colombiano y argentino** del delito de interés ilícito radica en: (i) el Código Penal colombiano presenta en el clasificador jurídico "De la celebración indebida de contratos" (artículos 408 a 410-A, Capítulo Cuarto del Título XV) cuatro tipos penales, el primero de los cuales regula el delito de violación del régimen legal o constitucional de incompatibilidades; un segundo artículo (artículo 409) propiamente da cuenta del delito de "interés indebido en la celebración de contratos" ("*el servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de 4 a 12 años, multa [...] e inhabilitación [...]*"); el tercero está referido a la tramitación o liquidación de contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, mientras que el artículo 410-A alude al delito de concertación ilegal del funcionario con otro para alterar ilícitamente el procedimiento contractual en licitación pública, selección abreviada o concurso, castigando con pena de 4 a 12 años; (ii) el artículo 265 del **Código Penal argentino**, en tanto artículo único del Capítulo VIII del Título XI del Código Penal, según la reforma producida en el año 1999, describe típicamente el delito de "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" con el siguiente texto: "*Será reprimido con prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación que intervenga en razón de su cargo*". Queda evidente que diferencias en la criminalización, más allá de los modos –directamente por persona interpuesta o simuladamente, que se observa en el Código argentino–, no las hay, sí en cambio es notablemente diferente el *quantum* de las penas. Ambas legislaciones penales, en materia del delito de negociación incompatible, tienen una clara matriz española que los entronca con los diseños de 1850 y 1970 del citado Código Penal ibérico, al igual que

(307) Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, edición preparada por Enrique Gimbernat y Esteban Mestre Delgado, 27ª edición, Madrid, Tecnos, 2020.

nuestro diseño normativo nacional de 1991 y 1924, el artículo 240 del Código Penal chileno, 354 del Código Penal de Costa Rica (que enriquece sus alcances al contemplar la participación del funcionario en una negociación comercial internacional), de Honduras (artículo 374 del Código Penal, exigiendo ánimo de lucro personal), Nicaragua (artículo 428, acusando fuerte influencia de Códigos Penales españoles del siglo XIX y de Francia de 1810), Guatemala (artículo 449 del Código Penal), México, Cuba (artículo 153.2 del Código Penal), entre otros.

Con el paso de las modificaciones legislativas, las similitudes entre el artículo 399 del Código Penal peruano con los artículos 409 y 265 de los Códigos Penales colombiano y argentino son en la actualidad notables, pero sobre todo con el artículo 401 del Código Penal español de 1970.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal es asegurar un normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública en el ámbito de las contrataciones y operaciones públicas.

Sobre el bien jurídico específico se han ofrecido varias lecturas.

En la **doctrina francesa**, SEGONDS, Marc, profesor de la Universidad de Toulouse 1, luego de remarcar la singularidad del delito de *prise illégale d'intérets* y reconocer su mérito legislativo pese a la disconformidad que existe sobre su objeto de protección, anota, siguiendo el pensamiento de VITU, André, que el bien jurídico protegido es indudablemente la objetividad y probidad en la gestión de los negocios públicos *–des affaires publiques–*(308). LEGAPE y MATSOPOULOU, por su parte, dan cuenta de los debates en la legislatura francesa (año 2013) para precisar los componentes del tipo penal 432.12 al postular sustituir la frase "cualquier interés" por "interés personal distinto del interés general", frente a otra propuesta (en este caso de la Comisión de Derecho de la Asamblea Nacional) que introdujo la frase "un interés que comprometa la independencia, imparcialidad u objetividad del interesado", debates que involucraban los alcances del bien jurídico a proteger, pero que, sin embargo, no llegaron a prosperar(309). MERLE y VITU, recordándonos que este delito estaba considerado ya en el Derecho Penal romano, anotan que el bien jurídico está pensado en la

(308) SEGONDS, Marc: "Du délit de prise illégale d'intérets... aux prises légales d'interets: un delit sans limites?", en BRIGANT, Jean-Marie (direction): *Le risqué de corruption*, París, Éditions Dalloz, 2018, p. 89.

(309) LEGAPE, Agathe y MATSOPOULOU, Haritini: *Droit penal spécial*, cit., p. 749.

objetividad y la probidad en la gestión de los negocios públicos, *l'objectivité et la probité dans la gestión des affaires publiques*[310].

En la **doctrina argentina**, cuyo tipo penal de negociaciones incompatibles trabaja con un diseño contenido ya en el Proyecto de Código Tejedor y que fuera incluido en el Código Penal de la provincia de Buenos Aires de 1877, se mantienen en líneas generales los mismos criterios en materia de bien jurídico protegido. Así, CREUS sostiene que el delito tiende a eliminar cualquier factor de perturbación de la imprescindible equidistancia que debe guardar el funcionario en los contratos y operaciones en los que intervenga, evitando incluso la simple sospecha de parcialidad, a la vez que procura colocar coto a su codicia personal[311]. ABOSO[312], resumiendo los criterios de penalistas argentinos, anota que: "La doctrina afirma que el bien jurídico tutelado por el artículo 265 es la Administración Pública en lo relacionado con el cumplimiento de sus fines con sujeción a principios rígidos de moralidad, imparcialidad y decoro" (MILLÁN); "el objeto tutelado es el interés que tiene el Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que las actuaciones de los órganos no solo sea imparcial, sino que se encuentre cubierta de toda sospecha de parcialidad[313]; "resguarda la fidelidad funcional en contratos y operaciones realizados entre la Administración Pública y terceros. Lo punible no es un acto de fraude patrimonial o su intento, sino, en sí mismo, por los peligros que implica, el simple acto del agente de tomar interés ajeno al de la Administración Pública o al del particular en cuyo interés obra" (NÚÑEZ). DONNA, por su parte, afirma que: "El correcto desarrollo de la actividad pública no solo requiere que terceros ajenos a ella interfieran en forma negativa en su funcionamiento sino, que también exige, principalmente, que aquellas personas que están a cargo de la función pública actúen en forma prístina e imparcial en la elaboración, conclusión y ejecución de los contratos y demás operaciones en que les corresponda intervenir y que demanda el propio ejercicio de la función pública. Se puede afirmar que la norma tutela la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones propias en estricta relación a la función pública que desarrollan, evitando así cualquier tipo de interferencia indebida o parcialidad ajenas al interés de la Administración Pública[314].

(310) MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit penal spécial*, París, Éditions Cujas, 1979, p. 297.

(311) CREUS MONTI, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial* 2, cit., p. 326.

(312) ABOSO, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República argentina*, cit., pp. 1404, 1405.

(313) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino* V, Buenos Aires, cit., p. 189.

(314) DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 359, 360.

La **jurisprudencia argentina** ha resumido en una bien lograda frase y desarrollo conceptual el tema del bien jurídico, cuando ha señalado que: «El objeto tutelado en la figura del artículo 265 del Código Penal es el interés del Estado en el fiel y debido cumplimiento de las funciones de la Administración en sentido amplio: de modo tal que la conducta de sus funcionarios no solo esté claramente orientada en un sentido imparcial, sino que se encuentre fuera de cualquier sospecha de parcialidad»[315].

Para ANTOLISEI, quien analiza el artículo 324 del *Codice penale*[316] antes de su derogatoria (el 26/04/1990), el fin de la norma es asegurar el desinterés del funcionario público en el ejercicio de sus funciones, de forma que se impida el surgimiento de situaciones que, por el posible conflicto de intereses, pueden ser causa de daño para la Administración Pública y que, por lo general, afectan el prestigio de la misma[317]. MANZINI, por su lado, considera que el objeto específico de la tutela penal es el interés concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en lo que atañe al deber del desinterés personal en la gestión de las funciones públicas, ya que conviene asegurar la cosa pública contra la especulación de los oficiales públicos que los haga poner interés en los actos de su oficio, independientemente del daño que su actividad produzca o no[318].

En la **doctrina española** actual, que trabaja con un tipo penal que no es esencialmente igual[319] que el peruano o argentino, pero que, sin embargo, mantiene algunas similitudes, sobre todo en los componentes "debiendo intervenir por razón de su cargo", "en cualquier clase de contrato (...) operación", no pudiendo decirse lo mismo en relación al "provecho", pues en la norma penal española (artículo 439), el componente "se aproveche de tal circunstancia" no ha sido necesariamente vinculado con una tendencia subjetiva propia del comportamiento del sujeto activo, sino en tanto dato fáctico de prevalimiento de la posición funcional específica para lograr cualquier forma de participación en el contrato u operación; criterio nada pacífico, por cierto, pues incluso en ese esquema de interpretación hay

(315) Sentencia de la C. Fed. de Córdoba, Sala Crim., 11 de mayo de 1981, "Rodríguez Roberto" (DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 316).

(316) Artículo 324: El funcionario público, que directamente o por interpuesta persona, o con actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la Administración para la cual ejerce sus atribuciones, es castigado con *reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da lire duecentomila a quattro milioni.*

(317) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, pp. 629 y 316; MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 36.

(318) MANZINI, Vicenzo: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 8, cit., p. 317.

(319) Véase "Legislación extranjera".

autores que consideran que "el aprovecharse" comporta el requisito de que el funcionario persiga una ventaja o beneficio, "por lo que de no ser esta la finalidad, no cabría entender cumplido el presente tipo"[320]. Anota MIR PUIG que el bien jurídico protegido es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver, garantizar su imparcialidad frente a los administrados en general y frente a los competidores ofertantes en los contratos en particular. Es decir, es el interés que los ciudadanos tienen en que los funcionarios no se mezclen en actividades lucrativas que pueden condicionar la adopción de resoluciones partidistas o la orientación de la función pública al servicio de su enriquecimiento personal[321].

MORILLAS CUEVAS, partiendo de considerar la naturaleza residual[322] de este delito y objetando que esté en juego la moralidad de las actuaciones del funcionario, nos dice: seguimos manteniendo, también en estos delitos, que el bien jurídicamente protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, la prestación de correctos servicios a los ciudadanos; que con estos comportamientos de sus funcionarios, se ve afectada en los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad, base de toda la estructura administrativa, y en la consiguiente pérdida de confianza en dichos principios y, en definitiva, en la propia función pública[323].

ORTS BERENGUER considera que en este delito el bien jurídico protegido puede cifrarse en un conglomerado de valores, entre los que predomina la objetividad con que la Administración ha de servir a los intereses generales[324].

En una línea crítica, CRESPO BARQUERO y CAMARERO GONZÁLEZ, partiendo de considerar a este delito "un auténtico cajón de sastre que cumple una función residual, en tanto que supone instrumentos de cierre para cubrir posibles grietas de impunidad para conductas de aprovechamiento

(320) Véase, MIR PUIG en *Comentarios al Código Penal* –en codirección con Mirentxu CORCOY BIDASOLO– Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 1489.

(321) MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, cit., p. 357.

(322) Véase con relación a la característica residual, en la doctrina argentina, SIERRA, Hugo Mario: "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Revista Jurídica La Ley, Derecho Penal Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 173. Señala dicho autor: "Tales negociaciones importan la instrumentalización de las funciones públicas para la obtención de fines distintos o contrarios a los generales presentando un carácter residual con relación al resto de los delitos contemplados en el citado Título II - Delitos contra la Administración Pública".

(323) MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: *Sistema de Derecho Penal*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1190.

(324) ORTS BERENGUER, Enrique, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coordinador): *Derecho Penal. Parte especial* Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 673.

y abuso de la condición de autoridad o funcionario próximas sobre todo al cohecho (...)", consideran –siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español– que se "protege al patrimonio público del peligro que constituye la duplicidad de posiciones del funcionario cuando actúa como tal y como particular interesado privadamente en la operación"[325].

Sánchez Melgar, acogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, indica que el bien jurídico protegido se encuentra en el buen funcionamiento de la Administración Pública, que en estos asuntos en los que contrata con particulares, ha de actuar libre de toda sospecha de parcialidad respecto de la conducta de sus funcionarios, que no deben mezclar sus intereses particulares con los de la gestión que tienen encomendada por su cargo. Por ello, como viene reiterando la Sala Segunda del Tribunal Supremo, su fundamento es la necesidad de preservar la buena imagen de los organismos públicos, que queda dañada con esa clase de comportamientos aquí sancionados, y solo en un segundo plano aparece el posible perjuicio patrimonial a las arcas del Estado, que no constituye elemento del tipo y que solo puede encontrase aquí presente en una perspectiva de riesgo o de peligro abstracto[326].

Fernández Cabrera, quien partiendo de considerar al delito de negociaciones indebidas un delito de lesión, es de la opinión de que el bien jurídico protegido es el principio constitucional de imparcialidad, por lo demás común al resto de figuras de cohecho, en tanto ausencia de interferencias privadas en la toma de decisiones públicas[327].

En la doctrina nacional, Castillo Alva sostiene que el bien jurídico protegido viene dado por la preservación de la transparencia en los contratos públicos y operaciones, a fin de cautelar que el proceso de contratación estatal se rija por los principios de la libre competencia administrativa, la equidad y la igualdad de oportunidades de los participantes en el proceso de contratación. Lo que quiere evitar la norma penal es que los funcionarios, utilizando su posición y cargo, interfieran, manipulen y dirijan

(325) Crespo Barquero, Pedro y Camarero González, Gonzalo, en Del Moral García, Antonio (director): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, 4ª edición, Granada, Comares, 2018, p. 2647.

(326) Sánchez Melgar, Julián: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, 5ª edición, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2020, p. 3437.

(327) Fernández Cabrera, Marta: *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones indebidas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 77 y ss.

arbitrariamente los contratos estatales, imponiendo su voluntad, deseo o capricho por encima de los intereses públicos y estatales[328].

Para Salinas Siccha, se protege el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendada en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones. (...) Se trata que el sujeto público no afecte su imparcialidad con tales conductas. 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 los 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 perjudiciar en forma real el patrimonio del Estado[329].

Peña Cabrera afirma: Nuestra postura es de anclar el objeto de tutela penal en los principios de imparcialidad y objetividad que debe revestir la conducta del funcionario o servidor público, cuando asuma una actuación funcional en el marco de la contratación administrativa[330].

Abanto Vásquez, por su parte, sostiene: salta a la vista que ha habido un adelantamiento de las barreras del Derecho Penal con el objeto de prevenir (mediante una figura de peligro) que el funcionario atente contra el patrimonio estatal aprovechando de la función pública. Es así que esta figura supone en gran parte una conducta previa al fraude a la Administración Pública. En ambos casos, el funcionario atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de una violación de la imparcialidad que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica representando los intereses de la Administración Pública[331].

En resumen, se puede señalar que el objeto jurídico específico de protección radica en la necesidad de preservar jurídico-penalmente la Administración Pública del interés privado de sus agentes (funcionario o servidor público especialmente vinculado), garantizando un correcto desempeño

(328) Castillo Alva, José Luis: *El delito de negociación incompatible*, Lima, Instituto Pacífico, 2015, pp. 15-16.

(329) Salinas Siccha, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Grijley, 2016, p. 645.

(330) Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo V, Lima, Idemsa, 2010, p. 647.

(331) Abanto Vásquez, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, Lima, Palestra, 2003, p. 506.

de las funciones y servicios en el ámbito de las contrataciones y operaciones públicas. Se busca también preservar la confianza ciudadana en la Administración Pública, siendo inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella –como sucede con el delito de negociación incompatible– brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado, en el marco del ejercicio de la función, y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales que el cargo y la función otorgan para privilegiar intereses propios o de terceros. Desdoblamiento de actividades –público-privado– que se halla por fuera del marco de deberes funcionales, siendo por lo mismo de interés de la norma penal asegurar, mediante los mensajes preventivos y punitivos, la integridad y rectitud del ejercicio funcional para lograr un comportamiento funcionalmente imparcial. No es, por lo tanto, solo la protección de la transparencia ni exclusivamente la imparcialidad administrativa lo que se halla en juego en este delito de corrupción focalizado en las contrataciones públicas en sentido amplio y operaciones estatales.

Resulta discutible que el bien jurídico específico sea, en estricto y para todos los casos, preservar la *imparcialidad* contractual[332], con la que debe guiar sus *actuaciones* el funcionario o servidor legitimado para intervenir en las *contrataciones* a nombre del Estado, pues, como ya se ha indicado reiteradamente, dicho funcionario no puede actuar *imparcialmente,* sino en estricta *sujeción* a los *intereses* públicos. Por lo demás, el deber de imparcialidad resulta claramente insuficiente en tanto bien jurídico específico en la modalidad "se interesa para sí", pues en dicha hipótesis el sujeto público abiertamente interviene por fuera de la debida parcialidad institucional como de la imparcialidad administrativa, esto es, el sujeto se aprovecha del poder derivado del cargo en una particular variante de corrupción de funcionarios. En la segunda modalidad del delito (se interesa en provecho de terceros) sí resulta atinado plantear el quiebre de imparcialidad administrativa vinculado a conectores de corrupción.

La **jurisprudencia penal argentina** ha desarrollado al respecto, las siguientes elaboraciones:

(i) "El ilícito conmina punitivamente al funcionario que asume un interés de parte, en el contrato, negociación u operación en el cual intervenga por razón de su cargo, yuxtapuesto al interés administrativo. Ese interés de parte indebido (pues afecta tanto a la

(332) Véase, por ejemplo, defendiendo tal posición, ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 446.

Administración Pública como a terceros) puede darse en miras al provecho del agente desleal o bien apuntar al beneficio de un tercero; la negociación, contrato u operación involucrados eventualmente deben pertenecer a la competencia funcional del autor, de modo que el comitente integre los niveles decisorios o de fijación de legalidad, respecto de la actividad administrativa de que se trate"[333].

(ii) "Aun cuando el bien jurídico tutelado es el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad (...) no es esta mera sospecha la que constituye este delito, sino una concreta acción del funcionario público en el ejercicio de su función que persigue intereses extraadministrativos. En este sentido se ha considerado que (...) la actuación parcial de los órganos administrativos que define el ámbito de lo injusto de este delito deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio, o sea, al tomar el funcionario, en la actuación administrativa una injerencia orientada al beneficio (injerencia de aprovechamiento), condicionando la voluntad negocial de la Administración, por la inserción de un interés particular. Por ello, no corresponde inferir la existencia de una comunidad de intereses y sostener a partir de ello, en forma genérica, que el agente no ha actuado en forma imparcial mientras ejercía la función pública sin apoyarse en actos concretos que demuestren que en ellos este persiguió intereses de la cocontratante de la Administración, puesto que esta interferencia genérica no equivale a la descripción típica"[334].

(iii) La acción punible prevista en el artículo 265 del Código Penal consiste en que el funcionario público actúe como parte interesada en una negociación y, simultáneamente, este mismo sujeto represente al Estado en su manifestación negociadora. Es decir, exista un desdoblamiento en la personalidad del funcionario público, con miras a obtener un beneficio. El funcionario público

(333) CCCorrec Fed., sala I, Zaffaroni, Ricardo, B.j. 1985-2-329, citado por Donna, *Delitos contra la Aministración Pública*, cit., p. 361.

(334) CFede. CCorrec., sala II, 29/12/2000, citado por Maiza, María Cecilia: "Delitos contra la Administración Pública", en *Revista de Derecho Penal*, 2004-2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 361-362.

debe haberse interesado en un contrato o relación introduciéndose en la voluntad negociadora de la Administración Pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que no se habría producido si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia. Esta actividad excede el hecho de ser doble parte en un contrato en un plano de igualdad con otros sujetos que potencialmente pudieron ser competidores(335).

(iv) Comete el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas el representante de la empresa estatal que decidió operativizar la contratación con una empresa privada en forma unilateral y que además convocó en forma privada a licitación y seleccionó discrecionalmente, con base en criterios que se desconocen, la empresa adjudicataria del servicio requerido(336).

La jurisprudencia penal española(337) al respecto considera:

"La esencia del delito estriba en evitar la contradicción de intereses y lealtades, fundamentalmente para preservar la integridad y rectitud del funcionario. Lo que se castiga es el desdoblamiento ilícito del funcionario, cuando desarrolla dos actividades contrapuestas y contradictorias (STS N° 1297/1998, del 29 de octubre; ídem STS N° 1826/1999, del 28 de diciembre).

"El tipo penal 439 sanciona la instrumentalización que un funcionario efectúa del cargo que ostenta, para obtener un aprovechamiento o ventaja particular, quebrantando un específico deber de abstención, de no intervenir privadamente en aquello en lo que debe intervenir por razón del cargo" (STS N° 696/2013, del 26 de setiembre). "El delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se vertebra alrededor de un incumplimiento de deberes de abstención del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que debe exigirse a la Administración y por tanto a los funcionarios; deber de imparcialidad que, no se olvide, aparece como uno de los elementos definitorios de la Administración

(335) CFede. CCorrec., sala II, S. G. BCFed CCorr., agos-sept/93, citado por Maiza, María Cecilia: "Delitos contra la Administración Pública", cit., pp. 361-362.

(336) CNCCorrec., sala I, 22/06/2002, G. E. A y otros, citado por Maiza, María Cecilia: "Delitos contra la Administración Pública", cit., pp. 361-362.

(337) Véase López Barja de Quiroga (director): *Código Penal con jurisprudencia*, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 2318.

Pública en el artículo 103 de la Constitución" (STS N° 696/2013, del 26 de setiembre).

"Se sanciona también la mala imagen pública del funcionario que se aprovecha de su posición en la Administración para sacar beneficios privados, procurándose así preservar la integridad y moralidad de los funcionarios (STS N° 910/1997, del 24 de junio).

La jurisprudencia penal nacional ha establecido que:

"El bien jurídico que protege el delito de negociación incompatible es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella" (Sentencia de Casación N° 231-2017-Puno, del 14/09/2017, Segunda Sala Penal Transitoria).

"Se trata de un delito especial propio que tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos en la toma de decisiones propias. El agente público vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en que interviene por razón de su cargo, lo que importa que desde la ley deba procurar el beneficio del Estado o ente público, antes que un beneficio particular, sea propio o para un tercero" (Sentencia de Casación N° 628-2015-Lima, del 05/05/2016, Sala Penal Transitoria).

"Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse el delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por otro el maximizar el interés propio o de un tercero" (Sentencia de Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24/05/2016, Sala Penal Permanente).

"El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es

decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la Administración" (Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica, del 16/05/2017, Sala Penal Permanente).

"El bien jurídico que se protege es la imparcialidad de los funcionarios en la toma de decisiones, las cuales se dirigen en función a la labor pública que ejercen. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella" (Sentencia de Casación N° 67-2017-Lima, del 11/07/2017, Segunda Sala Penal Transitoria).

"En los delitos contra la Administración Pública, se busca una protección funcional de la misma, no como objeto en sí, sino como organización que debe cumplir fines trascendentes de servicio público y de resolución de problemas colectivos. En el caso del tipo penal de Negociación Incompatible se parte del hecho que, en efecto, como primera línea de protección se encuentra la funcionalidad de la Administración Pública, cuya eficiencia y eficacia se ve vulnerada por la actuación irregular del funcionario o servidor público que se interesa del procedimiento en curso, pero ello en modo alguno significa que el objeto jurídico de protección sea el patrimonio del Estado" (Ejecutoria suprema, R. N. N° 677-2016-Lima, del 17/05/2017, Sala Penal Permanente).

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia específica para intervenir en contrato u operación por razón de su cargo, es decir, cuando su intervención es legítima en calidad de representante de alguna entidad pública en el marco de sus funciones y en ese contexto de vinculación –y roles funcionales– instrumentaliza o abusa de sus atribuciones interesándose indebidamente, impropiamente, injustamente en el contrato u operación con miras a obtener provechos ilegales. Resulta importante destacar que el tipo penal enfatiza dos tiempos en la intervención del sujeto público vinculado: en primer lugar, cuando interviniendo, por razón del cargo, ejerce su poder y desarrolla actos funcionales; en segundo lugar, cuando esos actos funcionales se desnaturalizan para hacer ingresar o inmiscuir propósitos ilegales de provecho o beneficio particular, debiendo abstenerse de hacer ingresar en su actuación funcional dichos anómalos actos y propósitos. Ambos tiempos definen escenarios de actuación, el primero ajustado a Derecho; el segundo, por lo general no siempre explícito en su ilegalidad, dada la característica de todo delito de corrupción, pudiendo entremezclarse y aparentar legalidad, requiriendo

por lo mismo un agudo análisis de parte del operador para precisar su presencia y contornos de ilegalidad, a efectos de no confundirlos con actos funcionales decisionistas de corte administrativo que pueden definir un perfil personal voluntarista del funcionario en la conducción de las contrataciones u operaciones, pero sin las características de tipicidad exigidas por el delito, o por igual para no tomar como actos de interesamiento indebido comportamientos poco relevantes o ya por fuera de las funciones propias del cargo.

De no existir vinculación en razón al cargo y función específica en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho será atípico de esta figura, lo que se produce generalmente en cuatro hipótesis: (i) cuando, pese a su condición de funcionario/servidor público, carece de competencia para intervenir; (ii) cuando el funcionario o servidor interviene en contrataciones privadas en las que el Estado no es contraparte o en operaciones desvinculadas del interés público; (iii) cuando interviene en actividades ilícitas haciendo valer su cargo, y (iv) cuando los aportes de su intervención carecen de idoneidad suficiente para configurar probables cuadros de provecho personal o para terceros. En este último supuesto, cuando sus aportes son, por ejemplo, de mero trámite, ajustados funcionalmente, desprovistos de la intención del beneficio o provecho al que alude la norma penal. Fernández Cabrera en este punto anota lo siguiente: "El sujeto activo, además de intervenir efectivamente en el asunto, debe hacerlo con la intención de procurarse una participación en un negocio o actuación. Por consiguiente, no puede ser objeto de sanción cualquier sujeto que intervenga en el procedimiento, sino solo aquel que sea capaz de condicionar la resolución que se adopte. Por tanto, deben quedar fuera del precepto penal aquellos sujetos que intervienen de modo irrelevante"(338).

La autoría puede ser simple o colegiada (lo que abre el escenario de probables coautorías). La autoría abarca a los funcionarios de cualquier dependencia pública, incluidos los de las empresas del Estado que intervienen en contrataciones. Las posibilidades de autoría/coautoría cubren cualquiera de los momentos inherentes a la contratación u operación en los cuales el funcionario/servidor lleve a cabo actos decisorios, esto es, con la suficiente entidad e idoneidad para afectar el bien jurídico protegido, lo que amplía el escenario de participaciones funcionales. Al tratarse de un delito de peligro concreto, no existirá autoría en intervenciones posteriores a

(338) Fernández Cabrera, Marta: *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones indebidas*, cit., p. 227.

la consumación, esto es, en fase de agotamiento, cuando la contratación o la operación ya ha concluido.

A diferencia de lo que sucede en la legislación penal argentina (artículo 265 del Código Penal) y española (artículo 440 del Código Penal), que amplían tipicidad –por equiparación de autoría– a los árbitros, peritos, contadores, la legislación penal nacional (artículo 399 o norma extensiva) no ha establecido normativización alguna al respecto.

Hay que enfatizar que la calidad funcional requerida por este tipo penal con relación al autor concuerda o se corresponde con el rol que juega este en la estructura administrativa y funcional de la contratación u operación. En efecto, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo(339). Esta restricción establecida por la norma penal excluiría a los que solo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciados en los deberes del cargo.

Es sujeto pasivo genérico del delito el Estado. Las diversas reparticiones públicas o estrictamente estatales, incluidas las empresas públicas, pueden constituirse en sujetos pasivos específicos directamente afectados en grado de peligro por el comportamiento ilícito del funcionario o servidor público, y a quienes beneficiará la reparación civil. No se requerirá que la entidad pública sufra perjuicio o deterioro económico o de otra índole objetiva.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El delito de negociación, o, más propiamente, de aprovechamiento indebido de cargo en procesos contractuales y en operaciones, es uno de naturaleza comisiva y de peligro que puede manifestarse a través de comportamientos de interesamiento indebido en cualquier momento significativo del curso o tracto de los procesos de contratación pública y en las operaciones a cargo del Estado, y mediante aportes igualmente importantes con entidad para afectar el bien jurídico protegido. Este delito se produce en un contexto de actuaciones funcionales del sujeto público vinculado que actúa a nombre y en representación de una entidad pública determinada que interactúa en contrataciones y operaciones estatales, y donde es principio de su actuación promover el interés de la Administración Pública, no debiendo aprovecharse del cargo para hacer valer, directa o indirectamente,

(339) Ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2010, R. N. N° 661-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

su interés personal o de tercero. Por lo mismo, en el marco de los múltiples contratos administrativos o de la práctica derivada de su intervención en materia contractual u operacional, que el desempeño de sus competencias le faculta y exige, de presentarse conflicto entre los intereses públicos y los personales o privados de terceros, deberá hacer prevalecer los primeros, esto es, existe una prohibición expresa, de origen constitucional, de no subordinar los intereses públicos a los particulares(340).

Es bastante discutible que el comportamiento típico de interesarse admita forma omisiva de consumación. Al respecto, la Corte Suprema ha negado dicha posibilidad, al considerar que "para decidir si una conducta omisiva puede llegar a ser estructural y normativamente equivalente a la realización activa del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, es de establecer si cabe la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública a través de una omisión. No existe una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la transgresión de la legalidad del ejercicio funcional, pues si un miembro del Comité Especial omite un acto de su función podrá ser responsable por omisión de deberes funcionales, pero no del aludido delito"(341). En la Sentencia de Casación N° 67-2017, la Corte Suprema reafirma su posición de que el delito de negociación o aprovechamiento indebido de cargo es de naturaleza comisiva, dejando abierta la posibilidad de una variante omisiva en la modalidad "se interesa simuladamente", asunto que deberá ser evaluado y analizado caso por caso por el juez penal(342).

El verbo rector es interesarse, presentado en su declinación gramatical "se interesa". Otras legislaciones penales emplean la frase "forzar o facilitarse cualquier forma de participación" (España); "toma, recibe o conserva un interés cualquiera" (Francia); "procurar una ventaja ilícita" (Suiza); "se interesare" (Argentina); "se interese" (Colombia), entre otras. "Se interesa" indebidamente tiene así *un escenario*: las contrataciones y operaciones

(340) Para un estudio pormenorizado sobre el conflicto de intereses de los funcionarios públicos, García Mexía, Pablo: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pamplona, Arazadi Editorial, 2012.

(341) Ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2010, R. N. N° 661-2009-Lima. Sala Penal Permanente: "Respecto a la modalidad de comisión de este delito, la doctrina mayoritaria, se ha decantado por afirmar que dicha intervención solo puede materializarse a través de una acción positiva. Pero también existe un sector minoritario que acoge la posibilidad que el interés indebido pueda configurarse con una omisión en la modalidad de simulación, que puede significar admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva". Ídem, Sentencia de Casación N° 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, Segunda Sala Penal Transitoria.

(342) Sentencia de Casación N° 67-2017, del 11 de julio de 2017, Lima, Segunda Sala Penal Transitoria, considerando cuadragésimo tercero.

públicas; *un tiempo*: en el curso de las contrataciones y operaciones, no antes ni por fuera de tales elementos normativos; *un modo funcional*: aprovechándose el sujeto vinculado de las atribuciones del cargo; *un modo material de presentación*: de cierta entidad o magnitud que la haga reprochable penalmente, esto es, que supere la relevancia administrativa; *un modo teleológico*: orientando su interés al provecho para sí o de tercero. Centra bien FONTÁN BALESTRA el escenario de relevancia de la conducta típica cuando nos dice que "el verbo interesarse, con que se define la conducta típica, tiene gramaticalmente más de un sentido: se interesa en un contrato u operación quien pide que se resuelva con rapidez; en la jerga administrativa, quien inquiere en qué estado se encuentra; también se interesa el funcionario que pone atención preferente en las condiciones y el trámite de un negocio jurídico. Pero a nada de eso ha podido querer referir la ley, sino al caso en que el autor es al mismo tiempo interesado personalmente en el negocio y funcionario que interviene en él por razón de su cargo"(343).

El interesarse debe ser *indebido* para que adquiera interés penal el comportamiento funcional del agente. La norma no hace referencia a un interés ilegal, sino a su adjetivación "indebidamente", con lo que quiere expresar que deberá tratarse de un comportamiento no autorizado, no permitido, por fuera de lo correcto, injusto, no necesariamente que viole o infrinja un dispositivo legal, lo que, sin embargo, no excluye dicha hipótesis. Lo indebido amplía así los alcances de la norma punitiva y nos entronca con el amplio mundo administrativo(344). Igualmente, todo acto de interesamiento indebido del funcionario/servidor vinculado deberá objetivarse mediante actos externos inherentes al marco de sus funciones concretadas en su intervención en las contrataciones u operaciones. Externalización dotada de componentes material/funcionales anómalos y subjetivos dolosos,

(343) FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, actualizada por Guillermo A. C. LEDEZMA, 16ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2002, p. 859.

(344) Al respecto es ilustrativo lo decidido por la Corte Suprema de Colombia, cuando en la Sentencia del proceso 23915, del 16 de mayo de 2007, señaló: "En la celebración de contratos, el contrato formalmente es lícito, pero el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia (...), que deben caracterizar las contrataciones estatales. Esta razón sirvió para que el tipo penal no se estructure a partir de un interés ilícito, sino de un interés indebido. Tal cambio afectó la forma pero fundamentalmente la sustancia del comportamiento punible, puesto que, no cabe duda lo ilícito tiene que ver con lo antijurídico; por el contrario, lo indebido puede ser lícito o jurídico, pero para los efectos propios del tipo penal comentado basta tal clase de interés para concluir que se ha actuado con un interés típico relevante para el Derecho Penal" (Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia, proceso 23915 del 16 de mayo de 2007, citado por CASTRO CUENCA, Carlos y MORENO, Gustavo: "Delitos de celebración indebida de contratos", en CASTRO CUENCA (coordinador): *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario-Temis, 2011, p. 298.

que colocan el mundo de relevancia penal por este delito en dinámicas comisivas, que expresen con la suficiente carga conductual la propensión del sujeto vinculado que con marcado abuso y aprovechamiento de las funciones propias del cargo orienta su conducta a la obtención de provecho para sí o para tercero. No bastará para configurar tipicidad por este delito la sola calidad funcional, la sola posesión del cargo o la omisión de ejercitar las atribuciones públicas de competencia del sujeto activo.

La tesis de SOLER, quien considera que en el delito no ingresa *ni el abuso de la función ni el acto corrupto por interés*, constituyendo la acción *pura y simplemente en un desdoblamiento de la personalidad del funcionario, de manera que a un tiempo resulte intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado y como órgano del Estado*(345), es una lectura que no se adecua a la ubicación sistemática del delito en nuestra legislación penal, que lo ha considerado un delito de corrupción funcionarial en el marco de las contrataciones públicas. Estas particularidades que nos distancian del sentido de regulación del Código Penal argentino, donde el delito de negociaciones incompatibles está considerado en el Capítulo 8 de los delitos contra la Administración Púbica, con autonomía normativo-descriptiva de los delitos de cohecho y tráfico de influencias (Capítulo 6), exigen interpretar el tipo penal 399 precisamente en una lógica de abuso funcional y de corrupción, y nos alejan de una visión extremadamente formal y de conexiones internas exclusivamente signadas por incompatibilidades administrativas, que permiten sostener, por ejemplo, que –como piensa SOLER– el núcleo de la ilicitud que hace que se consuma el delito radica en el momento en que se produce la superposición de las dos personalidades. Es conforme –para la lectura de tipicidad del tipo nacional– cuando el ilustre profesor argentino afirma que el interés del funcionario debe ser personal –con indiferencia si dicho interés es directo, por interpósita persona o acto simulado– y de naturaleza económica, así como que el interés subsista en el momento de la intervención, donde los tratos celebrados una vez concluida la función no constituyen negociación, sin perjuicio de que dicha intervención ulterior ostensible sea considerada prueba de ello(346).

En la Sentencia de Casación N° 628-2015-Lima, la Sala Penal Transitoria establece que lo indebido se encuentra en esa orientación desviada al margen del interés de la generalidad, por lo que no se castiga la mera parcialización, sino que su actuación produzca un provecho en favor de tercero o de él.

(345) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino* V, cit., p. 189.

(346) SOLER, *Derecho Penal argentino*, T. V, cit., pp. 190-191.

Modalidades de comisión: **a)** directamente; **b)** indirectamente; **c)** por acto simulado. Cada una de las cuales configura un ilícito penal propio o combinable. Hacen uso de dichos modos de comisión el artículo 432.12 del Código Penal francés (directa o indirectamente); directamente, por persona interpuesta y acto simulado (Argentina). Como se ha indicado en líneas precedentes, el artículo 324 del Código Penal español de 1850, que se repite en el Código de 1973, ya derogados, señalaban: "*El funcionario público que, directa o indirectamente, se interesase en cualquier contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo*"; descripción de bastante acercamiento con nuestro tipo penal, sobre todo antes de la reforma del año 2004 (Ley N° 28355), lo que hace de la jurisprudencia española precedente de particular interés. A modo de ejemplo, dicha jurisprudencia da cuenta de un caso en el que se condenó al alcalde que intervino para que la ejecución de la concesión de una licencia a favor de su esposa no tuviera dificultades de realización a pesar de constarle las irregularidades existentes, puestas de relieve por la sentencia de instancia(347).

Son **casos de interés indebido** orientados a procurar provecho propio o de tercero, caracterizados todos por la inexistencia de pacto de concertación del funcionario –que interviene en las contrataciones u operaciones por razón del cargo– con el interesado, es decir, fundados exclusivamente en las decisiones del funcionario (o funcionarios) y efectuados dolosamente en la lógica de conexiones de corrupción: (i) el otorgamiento de la buena pro al postor con inobservancia de los requisitos establecidos en las bases o en la ley de contrataciones y adquisiciones del Estado; (ii) la contratación directa al margen de cotizaciones o análisis de mercado; (iii) la asignación de puntajes violentando el deber de objetividad e imparcialidad; (iv) el otorgamiento de adelantos directos y por materiales sin contar con carta fianza; (v) contratar servicios de transporte con una empresa en la cual el funcionario es accionista y abogado; (vi) adjudicar a terceras personas títulos de propiedad de inmuebles, que resultan testaferros del funcionario; (vii) decisiones adoptadas, mediante contrato, por el funcionario público para hacer pasar la carretera por un área cercana a su predio rural, contraviniendo razones técnicas; (viii) efectuar irrazonablemente incautaciones de determinados bienes y no de otros de mayor valor; (ix) tomar decisiones para efectuar salvatajes financieros de entidades vinculadas con el funcionario público; (x) adjudicación de obras a empresa del alcalde o de funcionario municipal que se simula pertenece a persona distinta; (xi) celebración de contrato con tercero que representa intereses económicos del funcionario; (xii) funcionarios que no publicitan las bases y

(347) Véase, Anexos: Jurisprudencia española.

efectúan convocatorias personalizadas a determinados postores, con el objetivo de favorecer a determinado contratista; (xiii) compras directas de bienes a pareja del funcionario, sin que exista razón técnica que justifique dicha compra y fundamente tal decisión; (xiv) confiscación de bienes con pagos de sobreprecio.

Los componentes materiales del comportamiento típico son tres:

1. Indebidamente "se interesa" directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero

El interés típico del artículo 397 tiene ahora, con la reforma del tipo penal, por Ley N° 28355, un sentido o finalidad directa de provecho o utilidad que en una de sus múltiples acepciones contiene el término interesarse, en un marco de injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (naturaleza indebida del interés). Creus condensa bien esto cuando indica «interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros»[348]. El interés puede surgir antes del contrato (acto preparatorio aún no punible), durante la ejecución del mismo o en la fase de liquidación[349] y puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas, en las que el funcionario o servidor público dotado de capacidad de decisión orienta o manifiesta su interés, el cual es indebido al no estar autorizado o justificado para que la contratación tome una determinada orientación que le favorecerá patrimonialmente (a él o su núcleo de relaciones familiares que generalmente involucran intereses societarios) o que será de provecho para tercera persona (la favorecida con la contratación u operación, o tercera persona que en forma indirecta obtiene provecho). Este punto, en el extremo del tercero, es marcadamente sensible en el análisis, dado que se identifica provecho potencial de tercero con actos administrativos decididos y propios del tracto sucesivo de la contratación u operación, aporía que solo puede resolverse advirtiendo la presencia de los vinculadores de corrupción entre el favorecido y el funcionario/servidor público.

(348) Creus: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 309.

(349) Camaño Rosa ("Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", cit., p. 63) acota que la intervención interesada puede ocurrir en el proyecto, discusión, redacción, notificación, modificación, revocación, anulación y ejecución.

Hay que notar que el componente normativo en análisis es «se interesa», esto es, tomar interés propio o ajeno que resulta incompatible con los contenidos propios de la función pública, de interés general o institucional, lo cual excluye del ámbito de tipicidad intereses futuros o hipotéticos, ya que la norma penal está construida sobre actos en tiempo presente y directamente vinculados a determinadas y configuradas actividades en los que intervienen los sujetos públicos. Por cierto, "se interesa" constituye una locución cuya significación jurídico-penal se compone del sustantivo "interés" y de la expresión declinada "interesarse", el primero da el sentido material a la acción, la segunda es la base del comportamiento típico en tanto acción transitiva, comisiva. Como atinadamente acota URBIOLA MAYHUIRE, pareciera que "se interesa", "interesar" e "interés" son, superficialmente, lo mismo(350).

Nuestra legislación penal, con la reforma producida por Ley N° 28355, a diferencia de la redacción anterior, ahora sí marca el destino u orientación de la conducta del agente público expresado en el provecho propio o de terceros, acercándose así a las fórmulas de otras legislaciones penales, como, por ejemplo, de Colombia (artículo 409 de su Código Penal), que habla de *interesarse* en provecho propio o de un tercero; o el portugués (artículo 427), que refiere el interés del funcionario para obtener participación económica ilícita para sí o un tercero; o de la italiana (artículo 324, derogado), que extendía el interés del funcionario a cualquier acto de la Administración Pública en función de un interés particular amplio(351). Afirma CAMAÑO ROSA, «no es necesario que dicho interés privado entre en conflicto con el interés público, basta que sea incompatible funcionalmente, pues aquí se castiga la conjunción de los intereses»(352).

Dos son las posiciones dadas en la doctrina sobre la **naturaleza del interés**: **1)** se trata de un interés en procura de provecho o ventaja económica para sí o para un tercero (GARRAUD, MERLE, VITU, en la doctrina francesa); y **2)** el interés posee naturaleza amplia, no solo económica, basta que sea incompatible funcionalmente (SABATINI, MANZINI, ANTOLISEI, DELPINO, en la doctrina italiana). Roger MERLE y André VITU, por ejemplo, sostienen que el objetivo del artículo 175 del Código Penal francés (antes de que

(350) URBIOLA MAYHUIRE, Efraín: "La complicidad y otras divergencias en el delito de negociación incompatible", en Gaceta Penal, Tomo 90, diciembre, 2016, Lima, Gaceta Jurídica, p. 144. URBIOLA MAYHUIRE ofrece información importante en su artículo acerca de temas tales como la historia legislativa del tipo penal en el Código Penal y expone sus reflexiones de juez penal acerca del comportamiento típico "se interesa", de mano de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

(351) Ver "Legislación extranjera".

(352) CAMAÑO ROSA: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", cit., p. 63.

fuera sustituido por el Código Penal de 1992) es luchar contra el espíritu de lucro de los funcionarios públicos en la gestión de los negocios públicos[353]. MANZINI, por su parte, explica que el interés puede ser por un fin ilícito particular de la naturaleza que fuere en provecho propio o ajeno[354]. Se aprecia así el peso de la doctrina francesa en nuestros legisladores, que decidieron por considerar al delito de interés ilícito como una forma de corrupción.

La polémica de carácter histórico entre ambas escuelas obedece en realidad a la especial configuración de los componentes típicos de los artículos 175 francés y 324 italiano[355], donde en el primero se alude expresamente a *affaires* (negocios) y en el segundo se habla de *«cualquier acto»* de la Administración Pública.

Tanto el Código Penal argentino como el peruano siguen en este punto la orientación francesa, razón por la cual son válidas plenamente las interpretaciones que sobre su contenido y naturaleza efectúan los doctrinarios argentinos. Se trata de injerencias infuncionales donde el interés del funcionario o servidor, dada la naturaleza de los actos en que interviene, reviste naturaleza económica (provechos, ventajas, etc.), orientación económica del provecho que deberá ser indebida, esto es, no permitida, no autorizada, que exhibe niveles de injusticia para con los intereses de la Administración Pública. De no ser indebido el interés puesto por el funcionario o servidor, el hecho será atípico[356]. DELGADO GIL, en la doctrina española, da cuenta del sentido económico de la palabra "interesarse", que la doctrina y la jurisprudencia dieron al artículo 401 del derogado Código Penal refundido de 1973, similar en redacción a nuestro diseño legislativo actual[357]. Sin embargo, resultan de interés las razones expuestas por la jurisprudencia colombiana en la ya citada sentencia de la Corte Suprema del 16 de mayo de 2007, que considera que el interés del funcionario "puede ser pecuniario

(353) MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, París, Editions Cujas, 1982, p. 297.

(354) MANZINI (*Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 318) indica que: "En lo que concierne a este interés del oficial público, es de observar que su ingerencia en relación al acto, puede adoptar una forma cualquiera: *activa*, desde la simple propuesta de una orden del día, el voto, la decisión, el co-interés financiero, la recepción de una dieta, el aprovechamiento en beneficio propio de ventaja únicamente concedidas a las entidades públicas; u *omisiva*, como cuando el oficial público no se retire una vez surgida la incompatibilidad específica".

(355) Véase "Legislación extranjera".

(356) Así, la ejecutoria suprema del 12/03/2003, Exp. N° 4766-2001-Puno, que resolvió un caso con base en que la acción cometida por el agente no estuvo prohibida expresamente por norma legal, esto es, no fue indebida.

(357) DELGADO GIL, Andrés: *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 126.

pero también puede consistir en la simple inclinación del ánimo por el servidor público hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o funciones". Se está aquí entonces ante la probabilidad de provecho en sentido amplio que coloca la atención en inclinaciones subjetivas o favoritismo del sujeto vinculado. Al respecto, cabe recordar que el delito de interés indebido en contrataciones en el Código Penal colombiano está regulado conjuntamente con los delitos de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 408), contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 410) y el delito de acuerdos restrictivos de la competencia (artículo 410 A), agrupados todos bajo el denominador "De la celebración indebida de contratos" (Capítulo IV de los Delitos contra la Administración Pública), no propiamente como modalidad de los delitos de corrupción de funcionarios públicos, lo que explicaría la particular propensión no patrimonial a la que alude la jurisprudencia de la Corte Suprema colombiana, lo que en el caso de la fórmula nacional del delito de negociaciones incompatibles, sin embargo, nos coloca en un escenario de conexiones de corrupción, abonando ello más una lógica y naturaleza económica del provecho para el funcionario, ello sin perjuicio de que en determinados casos admita una de caracteres más amplios en lo que respecta al tercero. Fontán Balestra nos recuerda la presencia de intereses de naturaleza extrapatrimonial (políticos, afectivos o familiares), a los que considera reprochables éticamente, y que deben ser tomados en cuenta(358).

La jurisprudencia penal de la Corte Suprema peruana, en la Sentencia de Casación N° 628-2015-Lima, del 5 de mayo 2016, Sala Penal Transitoria, en su fundamento segundo anota que el interés tomado debe ser personal y de carácter pecuniario o económico. En la doctrina nacional afirma, entre varios, la posición económica del interés indebido Rosales Artica(359). Son particularmente importantes las razones históricas, de mayor injusto y teleológica que nos ofrece Delgado Flores acerca de la tesis económica del interés(360).

Los alcances penalmente significativos del verbo rector declinado "se interesa" siempre ha suscitado polémica, ya sobre su contenido semántico,

(358) Fontán Balestra, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, decimosexta edición actualizada, cit., p. 860.

(359) Rosales Artica, David: "El delito de negociación incompatible en la ley penal peruana", en *Gaceta Penal*, Tomo 122, agosto 2019, Lima, Gaceta Jurídica, p. 221.

(360) Delgado Flores, Luis Ángel: "El delito de negociación incompatible en el Código Penal peruano", en *Actualidad Penal*, enero 2016, Vol. 19, Lima, Instituto Pacífico, pp. 208-209.

su naturaleza y alcances para la mirada jurídico-punitiva, dado que no se trata de cualquier interés, en modo alguno el conforme a sus roles en el marco de la contratación u operación, tampoco el escasamente significativo, o de uno que solo puede ser conceptualizado de irregularidad administrativa(361), sino de uno que va adquirir relevancia penal por una variedad de los delitos de corrupción funcionarial. Hay que tomar en cuenta que el término rector "interés" ha sido personalizado en el funcionario o servidor público mediante el pronombre "se". Desde el **mirador doctrinario colombiano** se ha dicho lo siguiente: "Participar o tomar parte en el contrato u operación con el ánimo de obtener una utilidad - actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero(362); - interesarse en una contratación es algo subjetivo y personal y diríamos humano e ineludible. Lo malo es concretar en actos reales ese interés, y en el momento que deje de ser tan solo un interés y pase a ser acción interesada, el empleado oficial comenzará a intervenir en el trámite, celebración o aprobación de tal contrato para su provecho o de terceros"(363). Para el **mirador penal argentino**, "interesarse" (en miras de un beneficio propio o de tercero) connota: "Hacer intervenir en los contratos u operaciones un interés propio y particular, situarse ante ellos no solo como funcionario, sino, conjuntamente como particular interesado en una determinada decisión o actuación en la Administración. Es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa; querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto, o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares de terceros"(364).

La jurisprudencia de la **Corte Suprema de la República** ha desarrollado las siguientes ideas fuerza sobre la conducta interesarse o se interesa: "El verbo típico es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados. No basta, por tanto, que se haya verificado observaciones al proceso o adquisición misma, sino que el agente haya mostrado mediante actos irregulares su deseo de influir en el desarrollo del acto de adquisición" (Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica, del 16 de mayo de 2017, Sala Penal Permanente); "por interés indebido se entiende a aquella situación en que el

(361) Véase la Sentencia de Casación N° 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, Segunda Sala Penal Transitoria, fundamento 33; ídem, Sentencia de Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017.

(362) Molina Arrubla, Arboleda Vallejo y Ruiz Salazar, citados por Castro Cuenca y Moreno, en *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, cit., p. 296.

(363) Ferreyra Delgado, José: *Derecho Penal especial*, Tomo II, p. 379.

(364) Creus, Carlos y Buompadre, Jorge Eduardo: *Derecho Penal. Parte especial*, 2, cit., pp. 326-327.

funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la Administración Pública, por el contrario este deber es dejado de lado expresamente por él" (Sentencia de Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016, ídem, del 16 de mayo de 2017, Ica, Sala Penal Permanente, fundamento 35).

Interesarse de forma directa es la primera modalidad prevista en la ley penal peruana. Y ello implica que el sujeto activo, en el despliegue de sus actos funcionales, pone de manifiesto pretensiones particulares, ya sea en el escenario de los contratos tipo de la Ley de Contrataciones del Estado –momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc.– o en cualquier otro contrato u operación en el que le toque asumir decisiones o actos de importancia. El funcionario/servidor público a través de su intervención desarrolla actos anómalos que resultan incompatibles con los intereses de la entidad pública; su interesamiento indebido entra en conflicto con el cometido teleológico de sus funciones, abriéndose un mundo de incompatibilidades público/privado que afectan los valores de integridad e imparcialidad exigidos en él. Por cierto, cabe reiterar que el rango de contratos no está circunscrito, en exclusividad, a los inherentes a los procesos de selección de postores.

Interesarse en forma indirecta es hacerlo, en el contrato u operación, a través de otras personas (el caso típico del uso de intermediarios o testaferros), pudiendo ser otros funcionarios o servidores públicos los que participan o tienen niveles de injerencia, pero también personas particulares que aparentan poseer representatividad en la relación contractual, quienes se encuentran ubicados en el ámbito de dominio final del sujeto activo del delito para sus fines ilícitos. El funcionario/servidor puede intervenir como no en el tracto administrativo del contrato u operación; en el primer caso no hace ostensible su interés indebido, esto es, sus actos no permiten directamente advertir que actúa con interés de provecho propio o para tercero; en el segundo caso, son terceros que actúan a su nombre en la lógica de la obtención dirigida al provecho ilegal, es decir, es el tercero quien en vinculación con el funcionario vinculado asume el interés trasladado. Generalmente, el tercero es consciente del rol que cumple cuando asume su papel de intermediario.

Dichos intermediarios configuran aquí el título de cooperadores o cómplices, y según el caso pueden constituir instrumentos que utiliza el autor. A través de esta modalidad, el sujeto activo no aparece poniendo de manifiesto sus pretensiones de provecho particular o para tercero.

Interesarse mediante acto simulado es tanto realizarlo aparentando que se trata de intereses de la Administración Pública cuando en realidad

son de particulares o personales; de igual modo, que se negocia los contratos con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad, que corresponde a otras personas jurídicas o que simplemente no existen como tales, o cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor, o en una diversa gama de actos ficticios que buscan propender al provecho indebido del funcionario o del tercero. El acto simulado, dice FONTÁN BALESTRA, es aquel que contiene una dirección deliberadamente discordante de la voluntad real, a fin de producir la simple apariencia de un negocio jurídico o de ocultar mediante el negocio aparente aquel efectivamente querido(365). El acto simulado está referido tanto a la persona o representante con quien el funcionario negocia como con relación al acto que resulta inexistente. En ambos casos existirá ardid para aparentar y/o engañar a la Administración.

El interés mediante acto simulado que comparte también la legislación penal argentina tiene como fuente la fórmula francesa del derogado Código Penal de 1810. Acerca de su pertinencia existen posiciones críticas en tanto ya estaría incluido en el interés indirecto, y, en efecto, el hecho de que la mayoría de Códigos Penales no lo recoja parece abonar dicha posición(366). Sin embargo, considero que el interés simulado resulta útil a los efectos del análisis e interpretación de los diferentes modos de concretar el interesamiento indebido; en el presente caso, si lo apreciamos no desde el punto de vista de la persona, sino de las instituciones o personas jurídicas que se aparenta concursan o se presentan al proceso de selección o contratación en general.

En provecho propio o de terceros. Esta precisión incorporada en octubre de 2004 le dota de mayor objetividad a la figura delictiva y permite apreciar mejor el disvalor de la acción, al poseer en su tipicidad un componente que la colusión desleal, con la cual tiene un gran acercamiento, no

(365) FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 146.

(366) Así, en tal sentido, la Sentencia de Casación N° 67-2017-Lima, del 11 de julio de 2017, Sala Penal Permanente, fundamento 41: por acto simulado, que alude también a una forma indirecta de interesarse, el sujeto activo aparentará que su intervención será en pro de la Administración, pero en realidad no es así. Igualmente, véase ÁLVAREZ DÁVILA: "El injusto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción", en GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Ius puniendi-Ideas, 2019, p. 118. ÁLVAREZ, tras anotar que su regulación normativa ha generado confusión en la doctrina, en tema de determinar el objeto de imputación, considera que resulta innecesaria su inclusión en la legislación penal, sugiriendo su prescindencia *de lege ferenda*. DELGADO FLORES, Luis Ángel, en su artículo "El delito de negociación incompatible en el Código Penal peruano", en *Actualidad Penal*, cit., pp. 219 a 224, realiza útiles comentarios sobre el interés directo, indirecto y simulado del funcionario público que interviene en contrataciones públicas.

tiene. El provecho personal o de terceras personas que debe suponer (teleológicamente) o ser la finalidad y/o consecuencia de la conducta de interesarse indebidamente, permite trabajar mejor la presencia de dolo directo en la conducta del funcionario o servidor público. Con ello igualmente se focaliza más adecuadamente la tipicidad, para no abrir desmesuradamente el ámbito de injerencia del tipo penal incluyendo comportamientos cuya finalidad no van a reportar, en su lógica de configuración, provecho al sujeto público o al tercero y, por lo mismo, van contra la idea de ventaja patrimonial que está presente en todo delito de corrupción. No obstante la incorporación del provecho efectuada por la ley de reforma, siguen vigentes las objeciones de regular esta modalidad de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción.

Como lo ha establecido reiterada jurisprudencia casatoria de la Corte Suprema, tanto el interés indebido como la finalidad de provecho necesitan acreditarse probatoriamente, no basta el proponerlos argumentativamente en el discurso acusador. En efecto, la Sentencia de Casación N° 23-2016-Ica (fundamento 4.42), de fecha 16 de mayo de 2017, de la Sala Penal Permanente, que marca la línea de precedentes iniciada con la Casación N° 841-2015-Ayacucho, sostiene que el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible, requiere, como cualquier otro elemento del tipo, ser materia de prueba dentro del proceso penal, quedando proscrita la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

2. El objeto del interés indebido del funcionario o servidor público: el contrato u operación

Los **contratos** en los que es parte el Estado son variados y numerosos, y se refieren a negociaciones públicas de origen lícito y de contenido múltiple, no solo económico (de servicios, culturales, económicos, de obras, convenios, etc.), de Derecho Público y también Privado, en los que entran en juego intereses públicos (en este segundo supuesto, los negocios o contratos que gestionan las empresas mixtas, bajo reglas de Derecho Privado). Como precisa Alberto Millán, la incriminación funciona para todos los contratos que realiza el Estado cualquiera sea el carácter y materia en que actúa(367).

(367) Millán, Alberto S.: "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1970, p. 30.

Los contratos y operaciones son aquellos en los que el funcionario o servidor público interviene por razón de sus funciones y en los que toma parte decisiva en su conducción y resolución, desarrollando actos administrativos relevantes. Como bien anota MALABAT, Valérie, los *affaires publics* deberán estar sometidos a control y vigilancia del funcionario público(368), ya que su intervención en los mismos es condición requerida por el tipo penal. El Código Penal peruano ha circunscrito el delito de negociación incompatible al contrato u operación, a diferencia del artículo 439 del Código Penal español, que amplía la injerencia penal, además del contrato u operación, al asunto o actividad, dotándole a la figura penal de un carácter residual extremado.

Las **operaciones** son los actos dispuestos o convocados por una entidad estatal que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos (convocatoria a procesos de selección, incautaciones, embargos de bienes, comisos, expropiación, intervenciones económicas, financieras, administrativas, reorganizaciones empresariales, salvatajes financieros, intervenciones administrativas, etc.). Por cierto, que el manejo conceptual-legislativo del término "operación" puede variar dependiendo de la legislación que se trate; por ejemplo, en el caso del Código Penal chileno (artículo 239, referido al delito de Fraude a la Administración), dicho término normativo es de carácter multicomprensivo para comprender en su significante también los contratos (que, sin embargo, en el artículo 240, que regula el delito de interés ilícito, diferencia entre contrato y operación). El objeto de la norma penal al emplear este término es ampliar la gama de actos en la cual está prohibido poner en práctica intereses infuncionales. No resulta acertado considerar que "operación" es cualquier actividad administrativa o asunto de interés público. Dicha interpretación en extremo extensiva abriría desmesuradamente y sin límites los alcances del tipo penal a suerte de convertirlo en un tipo penal con cláusula indeterminada por fuera del principio de legalidad(369). Se puede concluir indicando que "operación" es el acto unilateral, generalmente de naturaleza económica, en el que la entidad pública, a través de sus funcionarios competentes, adopta decisiones, sin concurso o intervención de una contraparte.

(368) MALABAT, Valérie: *Droit penal special*, París, Editions Dalloz, 2015, p. 534.

(369) Así, por ejemplo, como aborda el tema Pedro Alfonso PAVÓN PARRA, para quien «operación» se entiende en sentido genérico como cualquier actuación del funcionario que contenga decisiones de gestión, administración o trámite, con trascendencia sustancial o procesal, siempre que sean ejercicio de las facultades o poderes conferidos al agente en razón de su cargo (*Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1979, p. 219).

DAYENOFF señala que "operaciones" son disposiciones de carácter económico en que la Administración actúa en acto singular(370).

Queda claro entonces que el interés ilícito del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica (tema por cierto debatible en la doctrina), mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas de configuración (económicas, culturales, de servicios, etc.).

Hay que destacar que los elementos normativos empleados por el legislador para construir el tipo legal están precedidos del término indefinido "cualquier". Ello permite, en línea de interpretación, admitir que los alcances de la frase "cualquier contrato u operación" tengan una tesitura amplia que excede los contemplados en la Ley de Contrataciones del Estado, para cubrir, por ejemplo, la contratación de profesores, personal médico, personal administrativo, contratos directos por fuera de la ley de contrataciones, entre otros.

3. Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional

El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función de las atribuciones específicas de su cargo o empleo público. Ello supone que: **a)** es inherente al ámbito de su competencia el ser parte en el contrato u operación; **b)** es el llamado a intervenir por ley, reglamento o mandato legítimo. Estas características parecen dotarle al delito de negociación indebida de una naturaleza de propia mano.

El acto de intervenir es legítimo, el interés particular puesto de manifiesto es indebido y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del funcionario o servidor público que deberá ser previamente dilucidado en vía administrativa.

La vinculación en razón al cargo o función admite las mismas especificaciones anotadas para una de naturaleza intensa, a diferencia de lo que sucede en el tipo penal francés, que alude en sentido más flexible a "*una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público*", que permite que su doctrina y jurisprudencia penal amplíen los contenidos de dicha vinculación funcional. En especial, la jurisprudencia de la Cour de Cassation ha considerado, de conformidad a las características del tipo penal, que no se requiere capacidad de decisión

(370) DAYENOFF, David E.: *Código Penal comentado. Jurisprudencia, concordancias, esquema de defensa*, 4ª edición, Buenos Aires, A-Z Editora, 1993, p. 683.

para ser autor y que incluso pueden serlo los representantes legales o administradores que asuman tareas de interés general, incluso el encargado de una misión de servicio público (Arrét de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 30 janv. 2013, Bull Crim N° 33).

Intervenir por razón del cargo, por lo tanto, no es solo una conducta abusiva o de aprovechamiento de las calidades del estatus conferido por el cargo, sino y sobre todo posibilitada por el marco de atribuciones específicas del autor vinculado.

De otro lado, para que se configure el delito de negociación incompatible debe producirse un conflicto de compatibilidades. El funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado. Pero, sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal para obtener provecho o para procurarlo a terceros, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional(371). En tal escenario, ni el Estado está debidamente representado por el sujeto especial, ni este cumple con las obligaciones de su cargo: el interés personal entra en colisión con el interés de la Administración Pública, que en suma es el interés general; circunstancias en las cuales el control estatal, primero administrativo y –de reunir las características de relevancia– luego el penal, interviene.

Generalmente se ha aludido en la doctrina a un deber de abstención del funcionario de encontrarse frente a intereses contrapuestos. Sin dejar de ser incorrecta dicha tesis; sin embargo, ella pasa por alto que la estructura del delito, al ser un delito de aprovechamiento de las calidades funcionales, exige para configurar delito de negociaciones indebidas precisamente no abstenerse de incurrir en interés indebido, pues la abstención y sus consecuencias eliminarían la posibilidad del ilícito(372).

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo es doloso. Requiere dolo directo, lo cual supone que el sujeto activo conoce que se encuentra interviniendo, en una contratación u operación estatal, en razón al cargo que detenta; es consciente de que está interesándose indebidamente para buscar provechos ilegales para sí o para

(371) A esta situación Soler (*Derecho Penal argentino*, cit., T. VI, p. 189) llama el desdoblamiento de la personalidad del funcionario: a un tiempo resulta intervenir en una relación (contrato u operación) como interesado particular y como órgano del Estado.

(372) Al respecto véase Jareño Leal: *El delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 51.

tercero, y que ello significa un aprovechamiento de sus atribuciones funcionales específicas contenidas en el cargo y, asimismo, un violentamiento del marco legal de incompatibilidades o prohibiciones de actuación, esto es, que se halla actuando, en parte o en todo por fuera de sus deberes para con la Administración Pública. El dolo directo adquiere particulares optimizaciones en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la Administración Pública.

El interés buscado por el sujeto público en provecho propio o de tercero abarca en el elemento subjetivo del tipo potenciales realizaciones de naturaleza económica o excepcionalmente de otra índole que tengan relación o se hallen derivadas de su injerencia en materia contractual o de operaciones públicas, en las que asume competencia en razón a su cargo. El dolo es, así, la piedra de toque que permite verificar que el sujeto activo interviene como funcionario público, pero igualmente como particular interesado; desdoblamiento incompatible con sus roles funcionales y sujeción a los intereses públicos.

La existencia de un especial elemento subjetivo del tipo orientado a la obtención del provecho caracteriza igualmente el tipo penal de negociación incompatible. Juega este componente subjetivo un papel reforzante del dolo del agente.

La prueba del dolo con el que el sujeto público actúa es de vital importancia y se entronca con temas administrativos que deben ser objeto de dominio conceptual, análisis y ponderación por parte del juez y del fiscal que acusa. La adecuada valoración de los indicios, en tanto irregularidades administrativas, exige especiales conocimientos previos del operador jurídico a efectos de no reputar tales actos por fuera del interés vinculado al cargo o función, al igual que actos de escasa o de sola relevancia administrativa o, en general, desconectados de conectores corruptores.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La figura penal de negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro concreto que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones en los que interviene directa, indirectamente o por acto simulado, es decir, cuando el provecho, generalmente patrimonial propio o para terceros, comanda su comportamiento funcional. El tipo no requiere para su consumación que se produzca efectivamente el provecho económico para el sujeto activo del delito o el tercero ni un perjuicio de la misma naturaleza para el Estado con la celebración o el cumplimiento del contrato u operación,

incluso puede existir ventaja para el Estado[373]; es decir, se trata de un delito comisivo, de simple actividad y peligro donde se castiga el interés tendencioso e ilícito del funcionario o servidor. Pero si es relevante determinar la orientación hacia el provecho propio o del tercero que supone el interés indebido del autor. Ello excluye del tipo la ajenidad entre autor y tercero favorecido, como bien indica la Corte Suprema los lazos entre el sujeto público y el tercero no pueden serle extraños al primero (Ejecutoria Suprema del 17 de junio de 2008, R.N. N° 3866-2007-Puno).

No se requiere, asimismo, que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente indebido o ilícito, es decir, contrario al de la Administración Pública. El agente puede interesarse para sí o para los intereses del tercero en una parte del contrato u operación, y en lo que resta asumir el interés de la administración estatal, situación en la cual igualmente se habrá consumado el delito. Es debatible la relevancia penal en la hipótesis en la cual el acto de interesarse indebidamente le **reporte mayor beneficio a la Administración Pública** en la celebración del contrato o la operación, además del probable interés conseguido u obtenido por el agente, si es que no existía una forma posible de evitar la producción de tal interés sin perjuicio para con el Estado o cuando la inexistencia del mismo hubiera propiciado situaciones desventajosas para los intereses económicos de la Administración Pública. Se impone aquí invocar principios generales de mínima intervención y *ultima ratio*, dejando a la esfera administrativa la solución del conflicto. Al respecto, la doctrina argentina mayoritariamente se alinea con la tesis de que igualmente habrá delito si existe incluso beneficio o pretensión de beneficio para la Administración Pública; sin embargo, en una perspectiva crítica, Aboso, Gustavo admite la posibilidad de considerar situaciones excepcionales de irrelevancia penal cuando, por ejemplo, la entidad pública sale favorecida, no existiendo la posibilidad de contratar con persona distinta a la vinculada con el funcionario público, lo que coloca a la Administración en el dilema de "renunciar a cumplir con sus fines específicos y desatender una necesidad prioritaria de la sociedad por la presunta sospecha de imparcialidad del funcionario"[374]. En cambio, en la doctrina penal colombiana al respecto, el debate se produce entre una posición que afirma la ilicitud y otra que la objeta de salir favorecida la entidad pública. En esta segunda línea de interpretación en la dogmática colombiana se encuentra Carlos Pérez y, matizadamente, Castro Cuenca, quien es de la idea de analizar

(373) Véase tesis afirmativas y negativas sobre este punto en Molina Arrubla: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 280-281.

(374) Aboso, Jorge Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., p. 1406.

objetivamente cada caso para advertir la presencia o no de antijuridicidad material, esto es, de causas que justifiquen el hecho típico.

Las modalidades de tentativa son muy discutibles. Si el acto de interesarse admite fragmentación y un *iter* espaciado, puede hablarse de tentativa. Pueden darse situaciones de delito continuado y de permanencia. El tipo es fundamentalmente de comisión activa, que no descarta, por lo mismo, omisiones relevantes, en tanto actos simulados.

Dada la naturaleza del ilícito, esto es, de constituir un delito de corrupción, es requisito de tipicidad implícita, para la modalidad de interesarse para otro, **la conexión de corrupción entre funcionario/servidor vinculado y el tercero favorecido**, conexión no solo de conocimiento, familiaridad o amiguismo, sino de nexos, en el contexto interno o externo de la contratación u operación, que pongan de manifiesto que la conducta típica del funcionario se explica en una lógica de corrupción, donde el provecho vincula a ambos, funcionario y tercero favorecido. Si bien la estructura del tipo penal, como bien lo ha remarcado la jurisprudencia de la Corte Suprema, no exige ni se construye con actos de concertación ilegal funcionario/tercero, sí requiere, sin embargo, conexiones que enfaticen su naturaleza corruptora. La jurisprudencia, en un caso específico, se ha encargado de establecer que el solo hecho de formar parte de un Comité Especial Permanente y a la vez ser responsable de las áreas de Abastecimiento, Patrimonio Fiscal, Planificación, Presupuesto y Desarrollo Institucional, no resulta suficiente para atribuirles responsabilidad penal por este delito, pues no se cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa –poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares– o en forma indirecta o simulada; que tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor esté ligado a los procesados(375). Demostrar la concurrencia de dichos conectores o vinculadores fácticos normativos es tarea de primer orden del Ministerio Público, a efectos de no criminalizar solo irregularidades administrativas o de otorgar relevancia penal a actos voluntaristas o demarcadores de sellos de personalidad del funcionario –disciplinaria o administrativamente relevantes–, pero por fuera de las exigencias de tipicidad de dicha figura penal.

Cabe señalar que, en la legislación comparada, el Código Penal de Puerto Rico contempla hipótesis tanto de peligro como de resultado. Expresamente castiga en el tipo penal 253 al sujeto activo funcionario público (pena de 3 años) como por igual al tercero beneficiado: "*Si la persona*

(375) Ejecutoria suprema del 17 de junio de 2008, R. N. N° 3866-2007-Puno, Sala Penal Permanente.

convicta es una persona jurídica será sancionada con pena de multa hasta 10,000 dólares. Si la persona obtiene el beneficio perseguido, será sancionada con pena de reclusión por tiempo fijo de 8 años". Caracteriza igualmente dicho diseño legislativo admitir "dispensa o autorización que permita la ley".

VIII. PARTICIPACIÓN

En los actos de contratación administrativa pueden concurrir aportes de dominio y control del hecho o de solo dominio final en un marco formal de infracción de deberes (propio de los autores), como también actos de cooperación secundaria e instigación atribuibles a particulares e incluso a funcionarios o servidores que no poseen vinculación funcional con los contratos u operaciones, y cuyo contexto de participación puede adquirir diversas manifestaciones (intermediarios, facilitadores de las negociaciones con intencional orientación de las mismas, terceros negociadores que sirven a los intereses del funcionario o servidor vinculado, etc.). En los actos de interesarse indebidamente, por tratarse de un delito de peligro de imputación personal, cabe pensar en la hipótesis de instigación al interés ilícito atribuible a particulares o a sujetos públicos desvinculados funcionalmente. Cabe incluso la posibilidad de que el sujeto activo de negociación incompatible instigue colusiones defraudatorias.

La posibilidad de participación de cómplices ha sido objetada mediante la Sentencia de Casación N° 841-2015, al considerar que el delito es uno en exclusividad cometido por el funcionario que se interesa –delito de infracción de deber– y, por lo mismo, no cabría complicidad primaria, sea este un *extraneus* o un *intraneus* no vinculado. Señala dicha sentencia en los considerandos vigésimo octavo, trigésimo y trigésimo primero: *"La participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria (peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos)". "La estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado". "El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos*

que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención del tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente". Los razonamientos de la Corte Suprema se han orientado, expresamente, a descartar casos de complicidad primaria partiendo de la participación del tercero (contratista o cualquier otra persona) que podría resultar beneficiado, no así necesariamente de otros distintos –*extraneus* o sujetos públicos no vinculados– que harían fácil la conducta del funcionario o servidor público. Si bien se aprecia en dicho discurso la negación de la posibilidad de complicidad primaria, al no ser el tipo penal un delito de participación necesaria y constituir, prácticamente, un delito de propia mano –pues nadie más que el funcionario competente por razón del cargo sería autor–, ello igualmente inhabilitaría referirse al título de imputación de la complicidad primaria para sujetos distintos al tercero favorecido. Dicha tesis se corresponde así con una interpretación minimalista y en línea de *ultima ratio* para con el tercero, pero deja abierto el análisis para otros participantes, si bien no en el rango de complicidad primaria, sí de cooperadores secundarios.

En el terreno de las prácticas argumentativas fiscales y judiciales, la línea jurisprudencial enunciada por la Corte Suprema en algunos casos ha sido aceptada por los jueces, en otros ha merecido resistencias, las mismas que explican la gran cantidad de acusaciones fiscales que sustentan la imputación por complicidad primaria en delitos de negociación incompatible.

IX. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de 4 a 6 años más inhabilitación (artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal) y multa que oscila entre los 180 y 365 días/multa. Se ha incrementado la pena privativa de libertad, con relación a la anterior redacción, observándose de este modo una tendencia marcada si la relacionamos con el diseño original de 1991, que establecía una pena que iba de 2 a 5 años de privación de la libertad y en una línea de continuidad histórica con el de 1924, que fijaba prisión no mayor de 3 años más multa, o el de 1863, que impuso penas de multa e inhabilitación.

X. CONCURSO DE DELITOS

Pueden generarse situaciones de concurso con los tipos penales de colusión defraudatoria (artículo 384), tráfico de influencias (artículo 400), incumplimiento de funciones (artículo 377), fe pública (artículos 427 y 428) y patrocinio ilegal (artículo 385). El preordenamiento indebido del curso

de la actividad contractual que practica el sujeto activo puede concluir en una colusión defraudatoria[376].

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Hay atipicidad al no existir vinculación, por razón del cargo, entre el comportamiento del funcionario o servidor que interviene y las contrataciones u operación estatal[377].

No existencia de referentes de incompatibilidad.

El sujeto público interviene en contrataciones privadas.

2. Causas de justificación

- Obrar bajo orden obligatoria de autoridad competente.
- La autorización formal dada por un superior jerárquico o entidad autorizada no permite justificar la antijuricidad del hecho, más allá de que juegue el papel de una circunstancia atenuante.
- La posición de garante que ocupa el sujeto público no permite la presencia de las demás causas justificantes o permisos para obrar contra el Derecho.

3. Causas de exculpación

- El error de prohibición invencible. Cuando el comportamiento del sujeto activo obedece a la firme creencia de que en el ámbito de acción en que actúa el hecho no está prohibido por la norma o no ingresa el régimen de incompatibilidades funcionales, o que la ley permite el interesarse al no haberlo prohibido expresamente.

(376) Véase con mayor detalle situaciones de concurso con los delitos de fraude a la Administración, malversación, prevaricación administrativa, tráfico de influencias y cohecho en FERNÁNDEZ CABRERA, Marta: *Corrupción en la función pública*, cit., pp. 299 a 358. Igualmente, en la doctrina nacional, concurso con los delitos de colusión y omisión de actos funcionales en ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco: *El injusto típico en el delito de negociación incompatible*, cit., p. 135 y ss.

(377) Véase ejecutoria suprema del 25/10/2002, Exp. N° 4832-2001-Arequipa, que consideró que no existía tipicidad en el hecho de que un profesional en su condición de médico especialista de un hospital público de Arequipa y actuando además como gerente de una empresa dedicada a la salud suscribiera dos convenios con el hospital para la prestación de exámenes de fotocoagulación láser y angiografía, dado que no intervino por razón de su cargo en la celebración de los contratos (en SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 514).

XII. PROBLEMÁTICA

1) ¿En el caso de que el funcionario o servidor se interese para favorecer concertadamente o no a otro funcionario de jerarquía superior, abarca también el tipo de negociación incompatible esta situación?

Sí, pues el provecho puede ir en beneficio del sujeto activo como de un tercero, el mismo que puede ser otro funcionario o un particular, siempre en el marco de contrataciones u operaciones. El ámbito de responsabilidad del funcionario o servidor favorecido es variado dependiendo del análisis concreto que se haga del supuesto imputado y de las contribuciones que estos hayan dado a la ejecución del delito. Así, pueden jugar el rol de determinadores o también de cómplices. Para que se configure coautoría o autoría múltiple, hay que tomar en cuenta que estamos ante un delito de infracción de deber, de autoría restrictiva, de modo que, si el favorecido no se encontraba en la misma posición de deber frente a las negociaciones estatales en que interviene con relación al bien jurídico, no será posible que sea considerado autor o coautor. Caben sí hipótesis de receptación o situaciones de atipicidad de inexistir vinculación penalmente relevante entre el funcionario –servidor obligado– y los beneficiados.

2) ¿Es posible el delito de interés ilícito en contrato u operación por omisión?

Si bien el tema presenta opiniones distintas, considero que es posible que se presente en la modalidad que se perfecciona por acto simulado, en la que por la naturaleza misma de la simulación es dable admitir comportamientos omisivos con carga intencional comisiva, perpetrada en tal caso por terceros.

3) ¿Influye en algo el hecho de que el funcionario antes de adquirir tal calidad haya estado interesado en los contratos u operaciones como particular?

La figura plantea dos situaciones: **a)** la del particular que accede al cargo; y **b)** la del funcionario que asume tales funciones. Es irrelevante para configurar el delito; puede ser invocado por el juez como un elemento a tomar en cuenta para determinar pena.

4) ¿Si el contrato en el que interviene el funcionario o servidor en razón a su cargo es nulo *ipso iure*, el interés particular puesto en él por dicho sujeto sigue siendo típico?

El caso es debatible. Se puede argumentar la inidoneidad del elemento normativo principal que hace atípica la figura, quedando subsistente la

relevancia administrativa en los actos del sujeto público. Pero con igual fuerza argumentativa se puede aducir distintamente en función del sentido de peligro del término *interesarse,* pero en este caso, la posibilidad de concurrencia de los demás elementos del tipo se desvanecería para firmar igualmente un caso de atipicidad. Juega un papel importante a ponderar en dicho supuesto el conocimiento o no del vicio por parte del sujeto vinculado para dimensionar el aprovechamiento del abuso del cargo.

5) ¿El consentimiento o la complacencia puesta por el superior jerárquico o la entidad administrativa al comportamiento del funcionario o servidor que se interesa indebidamente justifica la antijuricidad del delito, es decir, justifica ante el Derecho tal conducta?

No. En tal supuesto, el superior jerárquico comete el delito del artículo 377 del Código Penal, si es que no existe concierto; de producirse, podría ser cómplice de negociación incompatible, según el grado de sus aportes. Cabe también analizar en mínima *ratio* la existencia de ilícito administrativo de conformidad a la naturaleza concreta de la infracción.

6) ¿Si producto del interés ilícito del funcionario o servidor se produce ventaja o utilidad económica para el Estado, pierde tipicidad o contiene menor grado de injusto penal el delito?

Por regla general, tal circunstancia es irrelevante, el delito igualmente se habrá consumado. La figura penal del artículo 399 no castiga el cumplimiento del acto (contrato u operación) ni la verificación del beneficio o perjuicio, sino el interés particular indebido puesto por el funcionario o servidor violando sus deberes funcionales. Sin embargo, en situaciones límites donde el interés particular e indebido administrativamente del agente produce un contexto evidente de ventajas a la Administración Pública, habrá que estar a los principios de lesividad y fragmentariedad que guían el ordenamiento penal peruano(378).

7) ¿Si el funcionario o servidor que se interesa ilegalmente recibe donativo, promesa o ventaja, existe concurso de delitos?

Sí, en una unidad jurídica de acción se han producido las figuras de negociación incompatible (artículo 397) y cohecho pasivo (artículo 393). Existe concurso ideal de delitos, el sujeto especial será juzgado por ambos delitos. No obstante, es un tema no explorado suficientemente la naturaleza

(378) Véase *supra*, p. 320, "Consumación y tentativa".

de los conectores de corrupción contenidos en el delito de negociación incompatible, de modo que este pueda absorber tales mecanismos corruptores.

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1870)

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

Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y contadores particulares respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieren intervenido, y a los tutores, curadores y albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarías».

2. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 439: *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 4 años*».

«Código Penal de España (1995, reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, que agrega pena de prisión e incrementa las otras penas), artículo 439: *La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 7 años*».

«Código Penal de España (1995, reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015), artículo 440: Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran

intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto a los pertenecientes a sus pupilos, o testamentarías, y los administradores concursales respecto de los bienes y derechos integrados en la masa del concurso, serán castigados con la pena de multa de doce a venticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años, salvo que esta conducta esté sancionada con mayor pena en otro precepto de este Código».

3. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), artículo 175: *Todo funcionario, oficial público o agente del Gobierno que, ya abiertamente, ya por actos disimulados, ya por medio de otras personas, hubiese tomado o recibido un interés cualquiera con motivo de las actas, adjudicaciones, empresas o arriendos cuya administración o vigilancia estuvieren en todo o en parte en su poder en el momento de celebrarse será condenado a un* minimun *de seis meses o un* maximun *de dos años de prisión y sufrirá además multa cuyo* maximun *será la cuarta parte de las restituciones y de las indemnizaciones, y cuyo* minimun *será la dozava parte de las mismas. Se le declarará además incapacitado durante toda su vida para ejercer ningún cargo público.*

La presente disposición será aplicable a todo funcionario o agente del Gobierno que hubiere tomado un interés cualquiera en un negocio cuyo pago o liquidación estuviere a su cargo».

4. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 324 (derogado por Ley N° 86 del 26 de abril de 1990): *El oficial público que, directamente o por interpuesta persona o mediante actos simulados, toma un interés privado en cualquier acto de la Administración Pública en la cual ejerce su propio oficio, es castigado con reclusión de 6 meses a 5 años y con la multa de 200,000 liras a 4'000,000".*

5. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 265: *Será reprimido con reclusión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.*

Esta disposición será aplicable a los peritos y contadores particulares respecto de los bienes en cuya tasación, partición o adjudicación hubiesen intervenido y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los pertenecientes a pupilos, curados, testamentarías o concursos».

6. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 427: *El funcionario que, con intención de obtener para sí o para un tercero, participación económica ilícita, lesionare en un negocio jurídico los intereses patrimoniales que en todo o en parte le corresponde, en razón de sus funciones, administrar, fiscalizar, defender o liquidar, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de 30 a 90 días».*

7. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 145: *El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de [seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años]».*

3

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Los modelos de enriquecimiento: 1. Fórmulas con base en el referente material. 2. Fórmulas con base en el referente formal o mixto. 3. Fórmulas con base en cláusula condicional. 4. Fórmulas con base en el destinatario. 5. Fórmulas con base en la penalidad. **IV.** La figura penal y el Derecho comparado. **V.** Aspectos históricos en América Latina. **VI.** El incremento del patrimonio: la noción de enriquecimiento. **VII.** Las fuentes del enriquecimiento. **VIII.** El delito de enriquecimiento ilícito. **IX.** El bien jurídico protegido. **X.** Sujetos activo y pasivo. **XI.** El injusto objetivo: 1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico ex ante y el patrimonio económico *ex post* del sujeto público. 2. El incremento relevante. El tema de la cuantía que hace enriquecimiento o que lo agrava. 3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito. 4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo. 5. La relación funcional del enriquecimiento con el abuso del cargo. **XII.** Elemento subjetivo. **XIII.** Consumación y tentativa. **XIV.** Participación. **XV.** Jurisprudencia nacional y comparada. **XVI.** La subsidiariedad del delito. **XVII.** Agravante por la calidad y posicionamiento del agente. **XVIII.** Penalidad. **XIX.** Fases negativas del delito. 1. Atipicidad y causales de justificación. **XX.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Colombia (1980). 3. Colombia (2000). 4. Panamá (1982). 5. Costa Rica (1971). 6. Venezuela (ley del 31 de marzo de 1964). 7. Puerto Rico (2012). 8. México (1922). 9. Cuba (1988). 10. Ecuador (2014). 11. Guatemala. (1973). 12. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996). 13. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, 2003).

Artículo 401: «*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 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» (modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22/10/2016. Anteriormente había sido reformado por artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26/11/2013, el artículo único de la Ley N° 29758, publicada el 21/07/2011, el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10/06/2011, el artículo 1 de la Ley N° 28355, publicada el 06/10/2004 y el artículo 7 de la Ley N° 27482, publicada el 15/06/2001).

Tipo penal original

Artículo 401: *"El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.*

I. ANTECEDENTES LEGALES

Fue el Decreto Legislativo N° 121, de fecha 12 de junio de 1981, el que incorporó al Código Penal de 1924 el artículo 361-A, que contenía la figura típica del enriquecimiento ilícito bajo el siguiente texto:

«*El funcionario o servidor público que, por razón del cargo, o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menor de dos años, multa de la renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27 por doble tiempo de condena.*

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de sus bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita.

Las pruebas presentadas para justificar el incremento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto».

II. LA FIGURA PENAL

La actual redacción del delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por haber intentado dotarle al tipo penal de una conducta típica con la frase "abusando del cargo incrementa ilícitamente su patrimonio", a diferencia de diseños anterior que aludían a "durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio" (Ley N° 29703), "ilícitamente incrementa su patrimonio" (Ley N° 28355), "por razón del cargo se enriquece ilícitamente" (diseño original de 1991). Y se dice "haber intentado", por cuanto sigue latente la tarea legislativa de construir una redacción técnicamente adecuada que exprese el comportamiento típico de la siempre discutida figura penal de enriquecimiento ilícito, de modo que supere sus obvias limitaciones de tipicidad objetiva que la haga compatible con las exigencias del principio constitucional de legalidad.

Se han superado diseños anteriores que exigían del sujeto activo, siguiendo el modelo penal argentino tener que acreditar "razonablemente" el incremento patrimonial, reforma efectuada por la Ley N° 28335[379], que trajo consigo una carga probatoria al procesado, desnaturalizando la institución de la carga de la prueba, que siempre debe recaer en la fiscalía en materia de delitos funcionales, además de insertar en el tipo penal asuntos procesales; traslado de carga probatoria que fue en su momento objeto de crítica[380].

(379) La reforma practicada por la Ley N° 28355 supuso asumir en parte uno de los componentes de la fórmula argentina del delito de enriquecimiento ilícito: la no justificación del incremento, con lo cual la consumación del delito pasaba a constituirse más en un asunto de prueba que de componentes de tipicidad objetiva; argumento incorrecto como se pormenorizará más adelante. El Congreso, al promulgar la ley que contenía este diseño, se apartó del proyecto que el Ministerio Público le había hecho llegar. La fórmula de enriquecimiento ilícito propuesto por el órgano persecutor del delito para su discusión en el Congreso puso énfasis en un elenco de cuatro circunstancias agravantes sin alterar el tipo básico, que fue la siguiente:
Artículo 401: «El funcionario o servidor público que se enriquece ilícitamente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años:
La pena será no menor de diez años ni mayor de veinte, cuando:
a) El funcionario ocupa cargos de confianza o cargos en la alta dirección en las entidades u organismos de la Administración Pública,
b) El funcionario está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional,
c) El monto del enriquecimiento supera las cincuenta unidades impositivas tributarias,
d) El agente se vale de persona interpuesta» (en «Proyecto de Ley Anticorrupción y contra el Crimen Organizado», Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, noviembre de 2002, p. 12.

(380) Hugo Álvarez criticó duramente este diseño incorporado por la Ley N° 28355 haciendo radicar en el Ministerio Público la causa de las desventuras de la reforma del tipo básico de enriquecimiento

Se sigue manteniendo como punto inicial de partida en la evaluación del supuesto fáctico los ingresos legítimos del funcionario o servidor público durante el ejercicio de sus funciones, para ser cotejados con los que tiene al momento de la imputación penal o en el periodo que fije el órgano oficial de persecución, que sigue así un patrón común en las diferentes legislaciones que han regulado el delito de enriquecimiento ilícito.

El tipo legal 401 posee una circunstancia que califica y agrava el injusto penal cuando el autor es un funcionario público de alto nivel, en dos supuestos: a) ha ocupado cargos de alta dirección; o b) está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional; calificante cuya pena privativa de libertad ha sido disminuida en su extremo superior de 18 a 15 años, siendo su extremo inferior de 10 años, circunstancia que, cabe decir, no tenía registrada el diseño original de 1991.

En la actualidad, el delito de enriquecimiento agravado junto con los delitos de colusión agravada (artículo 384, segundo párrafo, del Código Penal) y cohecho pasivo específico (artículo 395 del Código Penal) son los que registran las penas más elevadas para los delitos funcionariales.

En la forma como está redactada la figura peruana actual de enriquecimiento ilícito, ella constituye una creación, por cierto, no del todo afortunada, del legislador nacional, constituyéndose en un tipo que sigue manteniendo una generalidad objetable, que lo puede decir todo como también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado político/ideológicamente como mecanismo de persecución extrapenal.

III. LOS MODELOS DE ENRIQUECIMIENTO

Antes de adentrarnos en el estudio de la figura del artículo 401, es oportuno presentar de manera comparada los esquemas o fórmulas legales que se han ofrecido en Argentina, Colombia y otras legislaciones comparadas al respecto(381).

---

ilícito. Señala dicho penalista: «En nuestro medio la última reforma del artículo 401 del Código Penal nos ubica, lamentablemente, en una postura de negación del principio de mínima intervención, dicha reforma amorfa del tipo partió como iniciativa legislativa de la Fiscalía de la Nación. Recurrir al expediente facilista no es lo más adecuado ni moderno sino un *mea culpa* de lo ineficiente de la institución que, por imperio de la ley, tiene la carga de la prueba». HUGO ÁLVAREZ omite referirse a que la circunstancia agravatoria incorporada al artículo 401 fue una de las cuatro propuestas de agravantes efectuadas por el Ministerio Público. Véase de HUGO ÁLVAREZ, Jorge B.: «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10, N° 76, enero, Lima, 2005, p. 57.

(381) Véase además otros modelos (Puerto Rico, Venezuela, etc.) en "Legislación extranjera".

1. Fórmulas con base en el referente material

1. Enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta (Argentina, artículo 268.2 del Código Penal).
2. Obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado (Colombia, artículo 412 del Código Penal).
3. Incrementa ilícitamente su patrimonio (Perú, artículo 401 del Código Penal).
4. Ha enriquecido su patrimonio o el de un tercero (Puerto Rico, artículo 250 del Código Penal).
5. Obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado (Chile, artículo 241 bis del Código Penal).
6. Acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancele deudas o extinga obligaciones (Costa Rica, Ley N° 8422. Fórmula derogada. Actualmente, el artículo 353 del Código Penal tiene una fórmula de recogida extremadamente subsidiaria y amplia).
7. Obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones (Guatemala, artículo 448 Bis del Código Penal).
8. Obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta (Ecuador, artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal).
9. Incremente indebidamente su patrimonio (Panamá, artículo 351 del Código Penal).

2. Fórmulas con base en el referente formal o mixto

1. Al ser debidamente requerido no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable (Argentina).
2. Durante su vinculación con la Administración o dentro de los cinco años posteriores a su desvinculación (Colombia).
3. Abusando de su cargo (Perú).
4. Haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco años de haber concluido su desempeño (Puerto Rico).

5. Durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo y cuya procedencia lícita no pueda justificar (Panamá).
6. Incremento desproporcionado de su patrimonio y que no pueda ser justificado (Venezuela).
7. Obtener incremento de su patrimonio con significativo exceso y que no pueda justificar razonablemente (Nicaragua).
8. Durante el ejercicio de su cargo (Chile).

3. Fórmulas con base en cláusula condicional

1. Al ser debidamente requerido (Argentina).
2. Siempre que la conducta no constituya otro delito (Colombia).
3. No pueda justificar su procedencia lícita (Guatemala).
4. No pueda justificar razonablemente (Nicaragua).

4. Fórmulas con base en el destinatario

1. Enriquecimiento suyo o de persona interpuesta para disimularlo (Argentina).
2. El servidor público o quien haya desempeñado funciones públicas que durante su vinculación con la Administración (Colombia).
3. Todo funcionario o empleado público, exfuncionario o ex empleado público (Puerto Rico).
4. La o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal (Ecuador).

5. Fórmulas con base en la penalidad

1. Código Penal de Argentina: prisión de 2 a 6 años, multa del 50 % al 100 % del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua.
2. Código Penal de Colombia: prisión de 9 a 15 años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento e inhabilitación de 96 a 180 meses (Colombia).
3. Código Penal de Costa Rica: 6 meses a 2 años de prisión.

4. Código Penal de Ecuador: 7 a 10 años de pena privativa de libertad.
5. Código Penal de Puerto Rico: reclusión de 8 años.
6. Código Penal de Chile: multa equivalente al monto de incremento patrimonial indebido e inhabilitación absoluta temporal.
7. Código Penal de Panamá: 3 a 6 años de prisión.
8. Código Penal de Guatemala: prisión de 5 a 10 años, multa de 50,000 a 500,000 quetzales e inhabilitación especial.
9. Código Penal de Cuba: 3 a 8 años de privación de libertad y confiscación de bienes.
10. Código Penal de México (DF): 6 meses a 5 años de prisión y 50 a 350 días días-multa; 2 a 12 años de prisión y 300 a 600 días-multa.
11. Código Penal de Perú: 5 a 10 y 10 a 15 años de pena privativa de libertad. 365 a 730 días multa e inhabilitación.

IV. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Nos encontramos frente a una figura penal técnicamente imperfecta pero social y políticamente legitimada. La imperfección del diseño actualmente vigente radica en el hecho de no describir una conducta propia, sino una situación o estado económico no determinado en términos concretos y objetivos, cuya procedencia reputada ilícita está sujeta a criterios normativos por su propia naturaleza no del todo necesariamente objetivos –cuya limitación se debe, entre otros factores, a razones de informalidad en la que se conduce la matriz patrimonial que es colocada en tensión frente a parámetros taxativos y formales– y, en dicha precariedad, sujetos a valoración judicial. Ello posibilita ineludiblemente un sinnúmero de problemas exegéticos que hacen de difícil aplicación el esquema peruano del enriquecimiento ilícito, con el subsiguiente peligro de ser utilizado como un mecanismo de presión política desde el poder o, contrariamente, de dejar impune al delito.

Más allá de sus deficiencias técnicas y cuestionamientos, se trata, en las legislaciones sudamericanas, al igual que en las africanas y asiáticas que la regulan, de una criminalización social y políticamente relativamente necesaria por cuanto permitirá, a nivel teórico cuando menos, conminar preventiva y penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que *«todos los funcionarios*

y trabajadores públicos están al servicio de la nación»[382]. No siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la Nación, mas no a los apetitos y avidez crematística de sus impulsos e intereses personales. Y si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer ilícitamente riqueza.

A nivel del Derecho comparado es donde más esfuerzos se han hecho para tratar jurídicamente el tema de la corrupción vía enriquecimiento ilícito, a través de convenciones y leyes marco que obligan a los países a regular figuras de enriquecimiento[383] y mediante la implementación de conferencias y campañas anticorrupción tanto en Europa como en los otros continentes; sin embargo, la propuesta no ha calado en la gran mayoría de las legislaciones penales europeas, que se han mostrado particularmente renuentes a aceptar en sus ordenamientos jurídicos una figura penal indeterminada y extremadamente genérica y subsidiaria, ya que pensar en el enriquecimiento ilícito, en tanto figura penal autónoma, implicaría destruir la base de coherencia de los delitos de corrupción.

La propuesta político-criminal, en lo que concierne a los diseños normativos latinoamericanos, se ha orientado con base en tres modelos de técnica legislativa (cabe señalar que igualmente determinados Códigos Penales de países africanos y asiáticos regulan por igual modelos diferentes de este tipo penal):

a) Tipificar el enriquecimiento ilícito del funcionario público a nivel de Código Penal mediante fórmulas normativas que enfatizan el incremento patrimonial, con o sin niveles de agravación, lo que comprende en determinados casos la inclusión de su no justificación por parte del funcionario/servidor imputado. Los casos de Argentina (artículo 268 del Código Penal, que inserta la frase "el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona

(382) Artículo 39 de la Constitución Política del Estado peruano: "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*".

(383) Para el caso de Europa véase Parisi, Nicoletta: *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, Cedam, 1996.

interpuesta para disimularlo") y Guatemala (artículo 150 del Código Penal, que especifica "sin justificar la ilicitud de los medios empleados para realizar gastos u obtener tal aumento patrimonial" son paradigmáticos en esta orientación legislativa.

b) Tipificar el enriquecimiento del funcionario público a nivel del Código Penal mediante fórmulas que, si bien enfatizan el incremento patrimonial, establecen montos para su configuración agravada. Tal es el caso del artículo 275 del Código Penal mexicano para el Distrito Federal ("Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a 5000 veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y momento en que se cometa el delito") y artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

c) Tipificación del delito de enriquecimiento del funcionario en leyes especiales, esto es, por fuera del Código Penal.

En la **legislación penal europea** se observa un marcado rechazo a regular la figura penal de enriquecimiento ilícito, sobre todo en los países que mantienen un elevado a medio nivel de industrialización. Las deficiencias de un tipo penal, de cara a los principios rectores del Derecho Penal y las garantías del Derecho Procesal, han servido de argumentos fuerza para optar por no incorporar en sus Códigos Penales dicha figura. Las notorias limitaciones de una conducta típica que apunta más a absolutizar un resultado contable que hace de los fiscales y jueces prisioneros de las sumas y restas elaboradas por los contadores que son quienes, en definitiva, definen el marco de imputación. La afectación al principio de presunción de inocencia, la inversión de la carga de la prueba. La permeabilidad –dada su naturaleza extremadamente genérica y residual– para su utilización extrapenal, entre otras razones, han sido consideradas para mostrar una enfática negativa a su ingreso en la legislación penal europea. En este punto es aleccionadora la posición asumida en el año 2012 por la sentencia en mayoría del **Tribunal Constitucional portugués** (en recurso presentado por el presidente de la República Aníbal Cavaco Silva) al declarar inconstitucional la aprobación de una ley por la *Assembleia da República Portugal*, que introdujo en el Código Penal las figuras de enriquecimiento ilícito de particulares y funcionarios públicos (artículos 27-A y 335-A del Código Penal, durante el ejercicio de funciones como después de tres años siguientes a su cese, castigando con pena que oscilaba de 3, 5 hasta 8 años de prisión), por ausencia de bien jurídico a proteger como por la afectación del derecho a la presunción de inocencia, al recaer en el procesado el deber de probar su inocencia. **Francia** es la excepción, al haber incluido

(2004, reformado el año 2006) en el artículo 321.6 una modalidad común de enriquecimiento ilícito, castigada con pena de hasta tres años y multa de 75,000 euros, caracterizada por el hecho de no poder el sujeto justificar ingresos o recursos que no se correspondan con su nivel de vida. Delito ubicado en el rubro de los delitos contra el patrimonio(384).

Tanto la Convención Interamericana como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, partiendo de la idea central de que «el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley» (Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003), han establecido diseños legislativos con relación al enriquecimiento ilícito, en tanto mecanismo legal preventivo de lucha contra el crimen organizado y la corrupción significativa(385); diseños que, sin embargo, deben ser compatibles con los ordenamientos jurídicos de los países miembros. En este punto interesa destacar la posición del Gobierno de **Canadá,** que consideró inaplicable dicho delito de conformidad "a su Constitución, con la Carta canadiense de derechos y libertades fundamentales y con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico"(386).

V. ASPECTOS HISTÓRICOS EN AMÉRICA LATINA

El delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal nueva que aparece en la segunda mitad de este siglo. En América Latina, específicamente en Argentina, se empezó a hablar normativamente de enriquecimiento de contenido delictivo en los proyectos de Código Penal de 1941 y 1953; y ya más explícitamente en el Proyecto Soler de 1960, que a través de su artículo 346 (inciso d) señaló: *«Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años y multa de 30 a 100 días, el funcionario público que sin incurrir en un delito severamente penado no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la asunción de un cargo público».* Finalmente, el 12 de junio de

(384) Code Penal. Artículo 321.6; Ley N° 2006-64 du 23 janv. 2006, artículo 24): *"Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant a son train de vie o de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent a la commission de crimen ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant a celles-ci un profit directo ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprissonnement et de 75 000 Euros d'amende".*

(385) Véase "Legislación extranjera".

(386) Véase Blanco Cordero, Isidoro: *El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Sobre su inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional portugués*, Revue électronique de l' AIDP/Electronic Review of the IAPL, 2013.

1963, por Decreto Ley N° 4778, se incorporaría al Código Penal argentino un primer modelo de enriquecimiento ilícito de funcionarios(387).

En Colombia, ya desde 1972, en el Congreso de dicho país se propuso la creación de la figura del enriquecimiento ilícito, lo que dio origen al artículo 179 del Proyecto de Código Penal de 1974, que ofreció cuatro referentes de importancia: **1)** que se produzca durante el ejercicio del cargo o en los dos años siguientes al término del mismo; **2)** que sea por razón del cargo o derivado de la influencia del mismo; **3)** que el incremento patrimonial indebido sea para sí o para un tercero; y **4)** que el hecho no constituya otro delito. A lo que se agregó la presunción de enriquecimiento con base en que el incremento patrimonial no sea justificado y que los gastos hechos por el sujeto público no guarden proporción con sus ingresos lícitos. Puerto Rico regularía en su Código Penal de 1974 (artículo 254) dicha figura delictiva.

Tenemos así, con los diseños argentino y colombiano, los principales componentes materiales y formales del delito en estudio. En realidad, todos estos intentos y los diseños legislativos que después entraron en vigencia obedecieron a la necesidad de cubrir mediante un tipo residual las deficiencias de la maquinaria judicial y las que resultaron de una tipología punitiva, que contemplaba delitos de infracción de deber caracterizados por específicos marcos de vinculación funcional, impracticable en su capacidad técnica de rendimiento para cubrir estados de incrementos patrimoniales aparentemente al margen de comportamientos lícitos. Como bien precisa NAKAZAKI SERVIGÓN, luego de revisar los criterios de diversos penalistas sobre este punto, ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación –al no poder probar el delito que permitió esta acumulación–, se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que se utilizaría precisamente en los casos en que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público

(387) El Decreto Ley N° 4778 de la República Argentina disponía en su artículo 259: *"Será reprimido con prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que, para lucrar o hacer lucrar a otro utilizare informaciones o datos que solo hubiera podido conocer con motivo de su cargo. Será reprimido con la misma pena, el funcionario público que, durante el desempeño o dentro de los 3 años siguientes a su cesación en la función pública, no quisiere o no pudiere justificar ante la autoridad competente, cualquier incremento importante de su patrimonio producido durante su desempeño y comprobado por dicha autoridad"*. Posteriormente, por Ley N° 16.648 (de 30 de diciembre de 1964), fue derogado dicho dispositivo, entrando en vigencia la actual fórmula de enriquecimiento ilícito del Código Penal argentino.

para la obtención del patrimonio sin justificación legal(388). La *ratio legis* del enriquecimiento ilícito tuvo así una clara orientación residual.

En el Perú, con la vigencia del Código de 1991, se prefirió omitir la mención a la no justificación por considerarse ello una inversión de la carga de la prueba, así como se optó por no hacer alusión al tiempo límite de comisión del delito (más allá de la vigencia del cargo). Obviamente que, en el Perú, al igual que en Colombia y Argentina, el peligroso incremento de los patrimonios no justificados de los funcionarios y empleados que se enriquecen durante la duración del cargo (o cargos públicos) detentado o por el ejercicio de la función pública originó la necesaria respuesta estatal para controlar o disminuir a niveles aceptables las prácticas inmorales y/o delictivas de los incrementos patrimoniales. Esto último se entiende por cuanto erradicar el enriquecimiento es un objetivo que colisiona contra el sistema mismo del ejercicio del poder en sociedades de economías capitalistas que elevan a un primer nivel de prioridad la búsqueda y obtención de riqueza económica. Para 2004, año en el que la Ley N° 28355 modifica la fórmula original del enriquecimiento ilícito, el Congreso de la República se decidió por incorporar la mención que había desestimado en 1991, en un intento, sumamente objetable, de racionalizar procesalmente el tipo penal.

En 1980, el Perú salía de un cuestionable proyecto dictatorial militar que originó sospechosas fortunas en no pocas personas que detentaron cargos públicos (militares de alta graduación y civiles). Encumbrados funcionarios de los Gobiernos liderados por los presidentes Belaunde (1980-1985), García (1985-1990) y Fujimori (1990-2000) no solo no estuvieron al margen de sospechas, presunciones y denuncias penales de corrupción, sino que la corrupción y el enriquecimiento ilícito de funcionarios se incrementó peligrosamente, llegándose a límites intolerables que escapaban de los tradicionales mecanismos normativos de control. Estas actividades prácticamente se institucionalizaron en el periodo 1995-2000, generalizándose con especial crudeza y patetismo en un gran número de cuadros políticos, militares y burocráticos de alto nivel del régimen de Alberto Fujimori, en el contexto de una corrupción sistemática que se irradió a los medios de comunicación social y pervirtió la actividad sindical. Más de dos décadas signadas por un hilo de continuidad histórica que hizo de la corrupción y el atesoramiento de riquezas, por parte de determinados funcionarios afines a las posiciones de gobierno, un estilo funcional de actuación. El fenómeno, por lo demás, no ha sido ni es exclusivo del Perú, ya que es una

(388) Nakazaki Servigón, César Augusto: «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», en *Ius et Praxis*, N° 33, enero-diciembre, Lima, 2002, p. 192.

constante en los países que tienen ineficientes medios de control sobre los fondos públicos que se entregan administran y/o gestionan por sus funcionarios o servidores públicos.

VI. EL INCREMENTO DEL PATRIMONIO: LA NOCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO

Nuestra legislación penal no ha ofrecido sobre este punto ningún parámetro objetivo para delimitar conceptualmente lo que significa «*incrementa su patrimonio*», en el contexto del delito de enriquecimiento ilícito, ni sobre los términos *enriquecerse* y/o *riqueza,* lo que por lo general parece marcar una pauta legislativa común en los diferentes países que han decidido regular en sus Códigos Penales o en su legislación especial la figura penal del delito de enriquecimiento ilícito. Tampoco el Código Penal peruano ha establecido gradaciones o agravantes en función del monto que hace enriquecimiento, lo que le ha impedido dosificar legislativamente pena atendiendo a cuantías determinadas que expresen un mayor disvalor del resultado, ya que nos encontramos ante un tipo penal que atiende preferentemente a resultados materiales de patrimonio incrementado ilícitamente. En cambio, en este último escenario, la experiencia que muestra la legislación penal comparada sí es expresiva de la tendencia a castigar con mayor rigor punitivo cuando el enriquecimiento supera determinados rangos cuantitativos de patrimonio; así, por ejemplo, en el caso del artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador se fijan tres niveles de pena privativa de libertad con base en el monto del incremento del patrimonio de los servidores públicos o de las personas que actúen en virtud de una potestad pública: 7 a 10 años, 5 a 7 años y 3 a 5 años, con montos de incremento superior a 400 salarios básicos unificados, entre 200 y 400 salarios, y hasta 200 salarios, respectivamente. El artículo 275 del Código Penal de México (Distrito Federal), por su parte, establece dos niveles de criminalización: 6 meses a 5 años de prisión y 2 años a 12, cuando el enriquecimiento no exceda del equivalente a 5000 veces el salario mínimo diario y sea superior a dicho monto, respectivamente(389).

En tal defecto de la legislación penal peruana, le corresponde a la jurisprudencia ofrecer lineamientos directrices, situación que tampoco –hasta donde se conoce– se ha producido. En tales circunstancias es pertinente acudir a la regulación internacional, a la doctrina y a los referentes normativos internos y de Derecho comparado para suplir tales vacíos.

(389) Véase "Legislación extranjera" para apreciar el caso del Código Penal de Panamá.

La Convención Interamericana de 1996 ofreció una pauta en esta difícil labor de tener que completar el tipo penal vía interpretación de sus escuetos y ambiguos componentes gramaticales: en el sentido de tratarse de un incremento de *significativo exceso* respecto a los ingresos legítimos del funcionario durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser justificado por él (artículo IX). La Convención de las Naciones Unidas de 2003, por su parte, no aportó, al respecto, ningún dato de importancia, pues se limitó a reproducir la redacción anterior, sin que la acotación «cometer intencionalmente» significara avance alguno sobre la materia. En consecuencia, el aporte de las cartas internacionales especializadas en materia anticorrupción, fuera de la precisión de la Convención Interamericana, no ha supuesto un avance de importancia.

La fórmula nacional adoptada mediante Ley N° 28355 no incorporó en la estructura del tipo la recomendación valorativo-cuantitativa de la Convención Interamericana del "significativo exceso", que permitía entender un plus patrimonial marcadamente grande de acrecentamiento del sujeto activo del delito. En cambio, por acción de la Ley N° 27482 (del 15/06/2001) se anexó un párrafo al tipo penal 401 del Código Penal, que aludió al *aumento notoriamente superior* del patrimonio del funcionario/servidor; donde el término notoriamente puede estar sujeto a distintas interpretaciones de sentido (conocido, público, evidente, acentuado, visible, patente) distantes de su referente pecuniario, pero que inmediatamente, al estar precedidas del verbo declinado sustantivo "aumento" y seguida de la palabra "superior", nos permiten concluir por la tesis de un incremento cuantioso del patrimonio, lo que le dota ya de razonabilidad a la injerencia punitiva y filtra la conducta típica con base en baremos más indicativos de la lesividad material del comportamiento.

El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona puede ser establecido con base en dos indicadores principales: un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación *ex ante* al proceso de incremento y la situación *ex post* de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento. El ámbito *ex ante* es aquel espacio de temporalidad, previo al ejercicio funcional, que define la suma patrimonial adquirida por conceptos u orígenes diversos a los derivados del acceso a la Administración Pública y con la que ingresa el funcionario o servidor público a la entidad pública específica donde va a prestar funciones o actos de servicio. Dicha suma y adeudos constituyen su "antes de" percibir ingresos de origen público y que deberán ser ingresados en la declaración jurada de rentas con la que el funcionario da cuenta a la Administración

de su situación patrimonial. El indicador *ex post*, en cambio, está fijado por la masa patrimonial histórica adquirida como consecuencia del acceso y permanencia en la Administración, informada principalmente por la suma de remuneraciones oficiales; indicador que generalmente se acumula en ese periodo con otros ingresos lícitos de fuente distinta a la pública. Entre estos dos referentes se efectúa el análisis objetivo, flexible y razonado de ajuste entre ingresos lícitos –que incluso pueden absorber otros no declarados pero existentes, legales y no ilícitos– y aquellos de los cuales se duda acerca de su procedencia lícita y que constituirá el *tema probandum* durante el proceso penal sobre el extremo objetivo-material de la conducta típica.

La situación *ex ante*, la previa al enriquecimiento, puede abarcar tanto estados de carencia de medios y recursos patrimoniales de relativa y promediada prosperidad como estados de riqueza inicial de partida. La persona en tales casos tiene objetivamente un nivel o rango determinado de bienes o simplemente carece de bienes relevantes para definir un estado de riqueza inicial.

El enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o –como precisa Peña Ossa– por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público[390]. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que debía en términos contables y lo que tiene. *Patrimonio económico* es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones en empresas, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.)[391].

Los Códigos Penales argentino y de Puerto Rico han regulado expresamente la forma pasiva de enriquecimiento consistente en disminuir

(390) Peña Ossa: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 202.

(391) Para autores como Peña Cabrera, Raúl y Francia Arias, Luis (*Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1993, p. 44) y Cancino-Toscano (*El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986, p. 332), son también enriquecimiento las prerrogativas que eximen al funcionario o servidor público de hacer gastos que normalmente estaría obligado a realizar.
Tales gastos eximidos, a decir de los autores colombianos citados en el párrafo anterior, pueden expresarse en alojamientos gratuitos en hoteles, entradas a espectáculos, facilidades para obtener ganancias en juegos y espectáculos, exención de deudas, etc. Las apreciaciones de dichos autores deberán ser tomadas con mucha objetividad y sentido común para no convertir el Derecho Penal en un instrumento sobrecriminalizador.

o superar las cargas o pasivos que el funcionario tenía antes del ejercicio de la función. Así, el primero de los señalados códigos (artículo 268.2) precisa que: «Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosa o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban". Por su lado, el artículo 251 del Código de Puerto Rico señala: "Se entiende que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se haya incrementado con dinero o bienes sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban". Precisamente con relación a este punto, CASTILLO ALVA sostiene que jurídico-penalmente también se reputa enriquecimiento a la disminución anómala de los pasivos(392). Señala CASTILLO que el enriquecimiento en su modalidad de *disminución de pasivos* encierra mayor peligrosidad criminal e inclusive, a veces, un mayor injusto, en la medida que el funcionario o servidor público, conocedor de que los organismos o autoridades competentes están en condiciones de iniciar en cualquier momento contra él o su gestión una pesquisa o una investigación sobre la situación de sus activos, puede que no se preocupe de estos ni utilice su cargo para lograr una mayor fortuna, sino como un mecanismo y medio idóneo para eliminar, por ejemplo, las cuantiosas deudas que arrastra que han sido contraídas antes de ingresar a la Administración Pública. El mismo autor precisa que si se excluyera del ámbito de protección de la norma a este conjunto de casos, los funcionarios hábiles e ingeniosos encontrarían en la parsimonia de la judicatura y la indiferencia de la ciencia penal una forma de burlarse de la ley, de la sociedad y el Derecho.

El factor tiempo en otras legislaciones penales adquiere importancia para apreciar el incremento significativo, ya en cuanto se produzca durante el ejercicio de los cargos o empleos, o ya cuando estos han terminado, presentando así el incremento vinculación causal con dicho ejercicio. Así, el Código Penal de Puerto Rico prevé el caso del enriquecimiento del patrimonio del funcionario o empleado público o de un tercero incluso hasta 5 años después de haber cesado en el cargo (artículo 251). El Código Penal de Colombia extiende dicha temporalidad al mismo indicador (artículo 412). En el caso del Código Penal argentino, el artículo 268.2 anota "hasta dos años de haber cesado en su desempeño".

A fin de conferirle un contenido material que racionalice la intervención penal en materia de enriquecimiento ilícito, pueden adoptarse por vía

(392) CASTILLO ALVA, José Luis: "El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 33, junio, Lima, 2001, p. 77.

interpretativa diversos enfoques: una tesis económica, que dará énfasis al monto patrimonial significativo (en sentido positivo de acrecentamiento o negativo de disminución de pasivos) con base en parámetros móviles de conformidad al rango y remuneración del funcionario o tomando en consideración un determinado número de unidades tributarias impositivas, por ejemplo, entre otras variables a tomar en cuenta. Una tesis normativa destacará el desbalance patrimonial, sin prestar mayor importancia a lo significativo o insignificante del incremento. Una tesis mixta que, partiendo de situaciones de desbalance, solo conferirá relevancia penal si el resultado es significativo o cuantioso. La primera propuesta, obviamente, tiene marcadas ventajas a efectos de hacer proporcional la injerencia punitiva y además a efectos de configurar el tipo básico como para establecer niveles de agravación. La segunda tesis puede conducir a inequidades y desproporcionalidad en la respuesta punitiva. Una posición mixta ayudará en la aplicación de la norma penal en el ámbito de definición del elemento objetivo-normativo del delito de enriquecimiento ilícito.

En suma, ante la deficiencia de la norma penal, puede el órgano jurisdiccional establecer parámetros jurisprudenciales al respecto. Ello permitirá ganar en proporcionalidad y dotar al injusto de razonabilidad, confirmándose con mayor razón el carácter residual del tipo penal. Por cierto, lo que no llegue a ingresar a ese monto significativo supondrá un espacio de atipicidad en correspondencia a principios de mínima entidad e insignificancia de la conducta productora de enriquecimiento.

VII. LAS FUENTES DEL ENRIQUECIMIENTO

Enriquecerse económicamente es una opción patrimonial que se ajusta social y jurídicamente a las expectativas de realización personal que plantea y permite el sistema social capitalista o de mercado. Pero también puede ser una opción que para afirmarse quebrante normas sociales y/o jurídicas, viole deberes éticos, afecte bienes jurídicos colectivos o institucionales. En este segundo gran supuesto nos estamos refiriendo al enriquecimiento ilícito, en tanto comportamiento penalmente desvalorado; con el primero aludimos al enriquecimiento lícito o ajustado socialmente.

Una persona (particular o sujeto público) puede enriquecerse lícitamente por diferentes vías: producto de su trabajo individual, familiar o colectivo (negocios, empresas), o de los servicios remunerados (profesionales o no) que preste a una institución nacional privada o pública (asesorías, cargos públicos de alta estimación a nivel de emolumentos) o internacional (consultorías, puestos expectantes en organismos internacionales, etc.), como también por el advenimiento de caudales hereditarios, donaciones,

legados, rentas, premios, loterías y finalmente como resultado del ejercicio de la profesión y de las remuneraciones del cargo o empleo, o del concurso de ambos de no existir incompatibilidades.

El enriquecimiento ilícito, en cambio, tiene como fuentes generadoras una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales que regulan las interacciones humanas y los ámbitos pautados de competencias funcionales. Puede enriquecerse ilícitamente tanto el particular que cause lesión o menoscabo al patrimonio de otro mediante diversidad de figuras de incumplimiento de obligaciones y contratos (modalidad de enriquecimiento indebido sustanciable vía Código Civil, artículos 1954 y 1955)[393], como el que poseyendo un cargo o empleo público se vale del mismo para incrementar su patrimonio. Obviamente que estamos así frente a dos vías, jurídicamente estimadas, desvaloradas de enriquecimiento, la primera de naturaleza civil y la segunda de contenido penal. Ahora bien, si el funcionario hace valer su cargo, es decir, hace prevalecer sus calidades funcionales o de empleo en las contrataciones y negociaciones civiles en las que interviene, no vemos inconveniente mayor para que ello produzca el ingreso de sus actos al segundo ámbito de ilicitud, es decir, la relevancia penal por delito de enriquecimiento.

VIII. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El artículo 401 del Código Penal hace mención de una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función del sujeto que ilícitamente incrementa su patrimonio, a diferencia de una anterior y derogada fórmula que simplemente decía «se enriquece ilícitamente», como al modo en que se produce; así, la figura en estudio es atribuible solo al sujeto público (funcionario y/o servidor)[394] que con abuso de su cargo realiza un incremento ilícito de su patrimonio; abuso del cargo que necesariamente marca un momento típico para la configuración del delito que no puede ser más que durante el ejercicio del cargo, no antes, no después. Solo se puede abusar del cargo cuando este es detentado legalmente por el funcionario/servidor

(393) Código Civil, artículo 1954: *"Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".*
Código Civil, artículo 1955: *"La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".*

(394) Legislaciones penales como la de Puerto Rico y Panamá solo hacen referencia al funcionario público. Esto mismo pasaba con el Código Penal argentino en la fórmula-proyecto de 1963.

público. El tipo penal de esta manera restringe la oportunidad del incremento ilícito y, por lo mismo, la tipicidad del comportamiento.

La norma penal de enriquecimiento ilícito no ha regulado el caso del particular que se enriquece, tampoco cuando es una persona jurídica (Guatemala) la beneficiada con dicho incremento, como sí lo han hecho otras legislaciones penales, que contemplan la hipótesis de un tercero utilizado o beneficiado (Colombia, Panamá, Puerto Rico) que recibe igual pena que el autor. También con relación al tercero "testaferro" u "hombre de paja", o «la persona interpuesta para disimular el enriquecimiento», el Código Penal argentino ha previsto una pena de prisión de igual entidad que para el autor del enriquecimiento ilícito.

La conducta típica en la actual fórmula penal está marcada por el contenido significativo de la frase "abusando de su cargo", diferente gramaticalmente de la utilizada legislativamente en fórmula anterior, *por razón de su cargo*(395), la misma que jugaba el papel de mostrar la vinculación del incremento patrimonial con la calidad funcional. Si bien gramaticalmente tiene matices de diferencia, en su sentido significativo o en su semántica son iguales. En efecto, "abusando de su cargo", al igual que antes con la frase "por razón de su cargo" (contenida en la fórmula original de 1991), puede entenderse en tres sentidos: a) *en una primera lectura de naturaleza amplia* donde solo importa la calidad ostentada, es decir, por el solo hecho de hacer valer la condición de funcionario o servidor público, sin importar que se actúe o ejercite la función o servicio; aquí no existen límites a la tipicidad previa del hecho, en tanto fuentes de enriquecimiento; b) *en sentido restringido*, su significado está relacionado con las funciones o servicios realizados por los sujetos públicos; existe aquí la necesidad de una vinculación funcional de los actos ilícitos con las atribuciones propias del cargo o empleo, vale decir, el ejercicio de funciones; y c) penalmente *por razón de su cargo*; *cargo público* es una dignidad, puesto o empleo que impone determinadas obligaciones a cumplir y deberes a observar, pero permite a su vez derechos y atribuciones especiales. Actuar por razón de su cargo admite en esta tercera lectura tanto abusar de la calidad como del específico marco de atribuciones del funcionario/servidor.

Actuar por razón de su cargo y actuar en razón a la función son dos modos de integrar un concepto global de función y servicio público. El primero es más amplio y de mayor contenido que el segundo. Por razón del cargo cubría ambas manifestaciones de poder del funcionario y en menor

(395) Véase *supra*, Tomo I, p. 697 y ss. ("La relación funcional: «por razón de su cargo»").

medida del servidor público, que deberán ser detectadas y evaluadas por el juzgador. Que estas manifestaciones de poder se hallen cubiertas por aspectos reglados que son tendenciosamente orientados a fines personales irregulares, discrecionales o arbitrarios son todas hipótesis que pueden ser abarcadas por la figura del enriquecimiento ilícito.

El diseño inicial fue sustituido con una frase más expresiva de naturaleza mixta, objetivo-normativa, "*durante el ejercicio de sus funciones*", que era el escenario y el modo de dicho incremento patrimonial ilícito que, conectada a la ausencia de justificación de parte del sujeto activo –exigida por la norma penal–, llevó a la interpretación por orientaciones bastante complicadas. "Durante el ejercicio de sus funciones", sin embargo, tuvo el mérito de apostar por una de las lecturas posibles del enriquecimiento –ya citadas– al abandonar la razón del cargo. A partir de entonces se tornaba necesario vincular el incremento con las atribuciones o competencias específicas del funcionario o servidor público, lo cual mejoró el acercamiento del tipo con el principio de legalidad, especialmente con el mandato de determinación en el aspecto normativo, sin que ello necesariamente le dotara al tipo de una conducta o comportamiento puntual o precisa, de conformidad al principio de legalidad constitucional en materia penal. Más aún, se dificultó la aplicabilidad del delito en coherencia con criterios de subsidiaridad. El tipo penal continuó manteniendo un apreciable rango de indeterminación en la conducta típica, ya que era difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad. La posibilidad de interpretación con búsqueda de un sentido racionalizador y afín a los principios del Derecho Penal (mínima intervención, fragmentariedad, lesividad, proporcionalidad y otros) por parte del intérprete se hizo aquí más perentoria que nunca para subsanar los defectos legislativos.

Un funcionario o un servidor público puede enriquecerse en sentido amplio, y ello ser posible de valoración a título de ilicitud penal, con base en los tres supuestos que a continuación se detallan y que han merecido posiciones encontradas en la doctrina nacional:

1) Cometiendo ilícitos penales comunes: hurtos, estafas, apropiaciones ilícitas, tráfico ilícito de drogas, defraudaciones tributarias, aduaneras, lavado de activos, tráfico de armas, extorsiones, secuestros, etc., o también incurriendo en actos de ilicitud civil (tales como incumpliendo obligaciones, celebrando contratos leoninos, etc.). En estos supuestos, si el funcionario o servidor público no comete tales actos ilícitos haciendo prevalecer el cargo o valiéndose de

el, no podremos hablar de fuentes de enriquecimiento ilícito, dado que no se ajustan al abuso del cargo exigido en el tipo penal.

2) Producto de las concusiones, peculados, negociaciones incompatibles, tráfico de influencias, actos de corrupción funcional (cohechos pasivos), etc., en los que ha incurrido el sujeto público. En estos casos se habrán descartado las imputaciones específicas y especiales por tales delitos, ya que sería impracticable e inaceptable por inconstitucional efectuar una doble o triple valoración penal[396]. GÁLVEZ VILLEGAS ha sugerido la idea de que todo delito funcional que suponga incorporación patrimonial a favor del sujeto activo es ya también enriquecimiento ilícito, vale decir, todo delito funcional de acrecentamiento patrimonial concursa necesaria, simultánea o posteriormente e idealmente con el enriquecimiento ilícito, esto es, una suerte de concurso ideal/real. Esta concepción tiene el inconveniente de hacer innecesaria la existencia de los delitos funcionales con contenido de ilicitud patrimonial y acrecentamiento patrimonial, por cuanto bastará la figura de enriquecimiento ilícito que es la que comandaría los efectos punitivos, quitándole contenido real a las conductas típicas de los otros delitos y que concursarían con la figura penal 401 del Código Penal. La tesis del concurso ideal absolutiza así el rol político-criminal y la importancia del enriquecimiento ilícito, al cual sobredimensiona como tipo penal autónomo eclipsando y tornando simbólicos los demás delitos de función que importen acrecentamiento patrimonial. El error de la tesis de GÁLVEZ VILLEGAS reside en no haber considerado que en el concurso ideal la misma acción debe producir efectos lesivos y jurídicos distintos, configurando otras tipicidades; en su razonamiento, al argumentar que la incorporación de bienes al patrimonio del sujeto activo implica consumación de delito de peculado y también del enriquecimiento ilícito, el autor confunde un componente de la acción típica (incorporación de los bienes al patrimonio del agente) con la plurilesividad a los intereses normativos penalmente tutelados (concurso ideal), sin demostrar cuál es la otra lesión al bien jurídico generada a partir de la tesis de la incorporación de bienes. Además, el hecho de la incorporación general de bienes que el autor hace valer para las dos figuras delictivas no puede ser reputada como demostrativa de la existencia de la plurilesividad normativa, ni mucho menos de la tipicidad del enriquecimiento ilícito, la que exige un incremento significativo.

(396) En este punto, véase GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 200.

La base del error de la propuesta del citado penalista se halla en haber refundido tipicidades con el argumento del concurso ideal de delitos, lo que de aceptarse alteraría sustancialmente la sistemática y la existencia misma de los delitos de función con contenido patrimonial, sobredimensionando al delito de enriquecimiento, que pasaría a ser considerado una figura penal omnicomprensiva y matriz de los delitos funcionales, lo cual contradice radicalmente el sentido comunicativo de dicho delito, que por ubicación sistemática y naturaleza es subsidiario y de recogida.

3) Haciendo valer su cargo para obtener bienes que acrecientan su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Ingresan en este tercer orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimientos, asesoramientos a empresas particulares, etc.)[397].

El enriquecerse ilícitamente tiene el contenido penal del artículo 401, según PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO HIDALGO, siempre que no provengan de los delitos funcionales contemplados en el Código Penal (corrupción, peculado, etc.)[398], tesis que se ha afirmado en un sector de magistrados supremos y ha generado jurisprudencia.

Por su parte, ÁNGELES y FRISANCHO participan de la idea de que el enriquecimiento no debe provenir de los delitos comunes, pues en tales casos deberán aplicarse dichas figuras al funcionario o servidor que delinque, acotando a continuación los autores en referencia que en la generalidad de los casos el acrecentamiento patrimonial es obtenido sobre la base de la comisión de diversos delitos contra la Administración Pública[399].

GÁLVEZ VILLEGAS es del criterio de que los acrecentamientos patrimoniales que tienen en su base de procedencia actos de ilicitud civil o de otro tipo distinta a la penal no resultan absorbibles por la tipicidad del enriquecimiento ilícito, ya que el Derecho Penal y el control penal en

(397) Al respecto, LEVENE, Ricardo: "El delito de enriquecimiento ilícito", en *La Ley*, T. 112, oct.-dic., Buenos Aires, 1963, p. 1100.

(398) Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Lima, IDEMSA, 1997, T. I, p. 291; PORTOCARRERO HIDALGO: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 229. PORTOCARRERO está más cercano a la tesis de los autores colombianos, por cuanto señala que el enriquecimiento ilícito es todo aumento patrimonial que proviene ilícitamente, menos de comportamientos que ya tienen tipo.

(399) Cfr. ÁNGELES y FRISANCHO: *Código Penal VII*, cit., p. 3284; PEÑA CABRERA y FRANCIA: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 47.

su conjunto solo operan como *ultima ratio*, dada la naturaleza subsidiaria de la reacción penal y el carácter de mínima intervención de la norma penal[400]. Continúa indicando dicho autor que la fuente del enriquecimiento patrimonial o constitutivo del delito de enriquecimiento ilícito será un acto penalmente relevante, esto es, configurativo, fundamentalmente de un delito contra la Administración Pública, o específicamente de la administración de justicia; asimismo, excepcionalmente podrá tratarse de un delito común, como, por ejemplo, un delito de estafa (en que el funcionario público se vale de su calidad de tal para materializar el engaño a la víctima del delito), un delito contra la fe pública, un delito tributario (en que el agente valiéndose del cargo burla el pago de los tributos y con ello logra simultáneamente aminorar sus pasivos y de este modo mejorar su situación patrimonial), etc. Asimismo, podrá tratarse de un enriquecimiento proveniente de un delito o ilícito penal sujeto a la competencia del fuero privativo militar[401].

Caro Coria, admitiendo que debe descartarse la admisibilidad del enriquecimiento proveniente de actos inmorales, en abierta oposición al punto de vista sugerido para el debate por Abanto Vásquez, aceptando determinadas hipótesis con base en delitos de dominio y especiales, y luego de proponer que se preste atención a una base mínima de responsabilidad penal cifrada en la infracción de deberes funcionales, tiene, sin embargo, una perspectiva distinta frente al tema de las fuentes del enriquecimiento, al considerar que no resulta necesario el ejercicio casuístico, dada la subsidiaridad del tipo y la exigencia de la relación funcional entre el resultado de enriquecimiento y el desempeño del cargo[402].

En la doctrina colombiana, Molina Arrubla pone de manifiesto las incongruencias derivadas de la fórmula legislativa de enriquecimiento ilícito de su país, que condiciona la consumación del delito siempre y cuando el hecho imputado no constituya otro delito, circunstancia que lo convierte en una figura penal incompleta[403].

Tenemos así una dispar posición doctrinal en el país. Prado Saldarriaga y Portocarrero Hidalgo sostienen la tesis de que el delito del artículo 401 no debe provenir de los delitos propios del ejercicio de la

(400) Gálvez Villegas: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 140, 141.

(401) Gálvez Villegas: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 144.

(402) Cfr. San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*, Lima, El Jurista, 2002, pp. 203-206.

(403) Molina Arrubla: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 318.

función, dejando abierta la posibilidad de que sí lo sean de los delitos comunes. ÁNGELES y FRISANCHO, en la línea opuesta, sostienen que generalmente el enriquecimiento proviene de los delitos de función. Ambas posiciones son vulnerables como demostraremos más adelante. GÁLVEZ VILLEGAS y CARO CORIA aceptan con restricciones la naturaleza amplia de las fuentes de enriquecimiento.

En ***suma, enriquecerse mediante incremento patrimonial*** de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito.

Quedan, sin embargo, necesitados de esclarecimiento algunos específicos aspectos relacionados con las fuentes del enriquecimiento ilícito. En efecto, como bien concuerda la doctrina nacional, no puede existir la figura de enriquecimiento ilícito con base en delitos comunes ya juzgados y sancionados, tampoco con base en delitos de función por los cuales igualmente se procesó y sancionó penalmente, pues en tales casos, además de implicar ello doble valoración sobre un mismo hecho y remoción de un proceso que puede que haya quedado en cosa juzgada, se estaría imputando responsabilidad por un resultado material en fase de agotamiento posjurisdiccional, lo que implicaría revivir los tan temidos procesos medievales de sanción por responsabilidad objetiva, dado que el resultado "enriquecimiento" derivaría de un delito que ya fue agotado en sus aspectos normativo, fáctico, judicial y de pena.

Situación distinta –sujeta aún a mayor análisis al respecto y no obstante el debate que puede merecer– se presenta con los delitos comunes o especiales de función que hayan prescrito, esto es, que no hayan merecido un pronunciamiento firme por parte de la instancia jurisdiccional respectiva por factor tiempo, pero que, sin embargo, han enriquecido ostensiblemente al funcionario o servidor (extorsiones, hurtos, estafas, robos, defraudaciones, apropiaciones ilícitas, fraudes tributarios, tráfico de drogas, de armas, etc.). Igual situación se presenta con los supuestos penalmente relevantes que nunca fueron denunciados por los entes o autoridades competentes, ni procesados o descubiertos, pero sí se materializaron, pasando a engrosar la vasta lista oscura de la delincuencia subterránea; hipótesis en las que cabe la posibilidad de remitir subsidiariamente a la figura de enriquecimiento para procesar penalmente al funcionario o servidor público[404].

(404) Admiten esta lectura, con referencia puntual al tema de la prescripción, ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 485; SAN

Volviendo al tema, en el caso de que se observe –como ocurre con frecuencia– una marcada posición de enriquecimiento ilícito a través de los delitos de función ya sancionados penalmente, la pregunta que hay que hacerse es: ¿los anteriores estados de enriquecimiento ilícito descritos ingresan en las previsiones de tipicidad abierta del artículo 401? La respuesta en realidad no es sencilla. Si se afirma positivamente, complementando lo dicho en el párrafo precedente y con base en una lectura distinta, cabe la posibilidad de que incursionemos en los terrenos de la responsabilidad objetiva, pues al cancelarse o extinguirse el derecho del Estado a perseguir los delitos comunes o de función, o al haber sido absuelto el sujeto público, es impertinente hablar de dolo o culpa en el enriquecimiento; con mayor énfasis aún nos acercaríamos al tema de la responsabilidad objetiva al haber sido estos delitos ya sancionados o juzgados. Si, en cambio, respondemos negativamente, quedarán a vistas de la sociedad civil un gran número de riquezas ignominiosas como ejemplo de la corrupción del poder público y de la que disfrutarán quienes lucraron con las funciones y empleos públicos. En esta segunda hipótesis, el mensaje de prevención general de la norma penal sufriría así un cuestionamiento demoledor. Considero que en este juego de preguntas y respuestas la posición que se adopte, no obstante la inmoralidad del hecho y la vulnerabilidad de la función y del servicio público, deberá estar en armonía con los postulados del Estado de Derecho. Para ello retomo las palabras de SANCINETTI: «Respétese las garantías constitucionales que desde la revolución francesa para aquí constituyen un patrimonio común de los pueblos civilizados, con establecer leyes que las violen no se dignifica ninguna comunidad. Solo una evolución social lenta y en libertad podrá depurar progresivamente la calidad de sus funcionarios públicos en un futuro lejano que dé para la decencia de nuestros hijos una época esencialmente diferente»[405].

IX. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Un bien jurídico propio o específico que dé cuenta de las particularidades del tipo penal de enriquecimiento ilícito con relación a los demás delitos funcionariales es de por sí bastante complicado, al encontrarnos ante un figura residual sin conducta típica determinada bajo estándares exigibles que la hagan compatible con el principio de legalidad constitucional que, o bien participa de todos los valores que informan los delitos

MARTÍN, CARO y REAÑO: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 204. No lo admite GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 147.

(405) SANCINETTI, Marcelo: *El delito de enriquecimiento de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 126.

con los cuales mantiene dicha relación, o simplemente obedece a un bien jurídico general consistente en garantizar, desde las posibilidades preventivas y sancionatorias, un correcto funcionamiento de la Administración Pública. Considero más correcta la segunda tesis, pues ella engloba un conjunto de valores o intereses valiosos que se hallan en cada delito funcionarial.

El delito de enriquecimiento ilícito tiene a su vez el inconveniente de haber sido reputado de inconstitucional, no solo en el contexto europeo, sino igualmente en parte de la doctrina penal sudamericana, cuyos países son los que mayormente han optado por ingresar dicha figura penal en sus Códigos Penales o en leyes penales especiales, fenómeno que igual ocurre en varios países de Asia y África. Inconstitucionalidad que le viene, usualmente, a partir de una redacción desprovista de comportamiento, que prioriza y hasta exclusiviza un resultado contable, como por igual al haber establecido expresamente en la norma penal o implícitamente (en la argumentación judicial) deberes de probanza en el procesado, los que, incluso, llegan a ser considerados la conducta típica de no producirse la justificación contable. Es decir, un tipo penal que constituye una herida en la lógica de conquistas y logros del Derecho Penal liberal, por decir lo menos[406].

El artículo 401 del Código Penal peruano busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la Nación. No es el patrimonio público el punto de atención de la norma penal[407], tampoco directamente el principio de imparcialidad –no obstante que en determinados casos el sujeto público

(406) La siguiente frase que formulan De Luca y López Casariego al comentar el tipo de enriquecimiento ilícito en la legislación penal argentina resume las consecuencias extremas a las que se puede llegar con la aplicación a ultranza de un tipo penal cuestionado por su inconstitucionalidad: "*Peor aún, como dijimos, el artículo 268.2 del Código Penal también funciona si el enriquecimiento tiene origen lícito, pero no sabemos porque el autor se niega a cumplir con el deber de justificar*". De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio E.: "Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales", en *Delitos contra la Administración Pública*, Revista de Derecho Penal, II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2005, p. 129. De Luca y López Casariego parten de la idea de que no existe inconstitucionalidad en la exigencia a justificar que se le dirige al funcionario sobre el cual se tiene sospechas que se ha enriquecido: "*Hablar de garantías constitucionales del funcionario público en esta materia aparece tan extraño como que un hijo de 14 años invoque un supuesto derecho a negarse a declarar si el padre le pregunta de dónde sacó el reloj pulsera de oro que trae consigo*", De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio E.: "Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales", en *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 123.

(407) De parecer distinto Hugo Álvarez, quien sí considera al patrimonio como bien jurídico protegido, no obstante no sea el predominante (Hugo Álvarez: «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., p. 58).

se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado y que, en atención a la naturaleza subsidiaria del delito, el incremento patrimonial venga de algún delito funcionarial de cohecho o peculado deficientemente investigado y sobreseído o absuelto por deficiencia de prueba–, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público(408). Resulta cuestionable que se trate de proteger la moral pública como afirman algunos autores (FERREIRA DELGADO y otros). El concepto «moral» es muy equívoco y sujeto a múltiples y disímiles interpretaciones. Por lo demás, hace ya tiempo atrás que el Derecho Penal y la moral pública tienen sus propios espacios de vigencia y control. Igual sucede con la protección de la imparcialidad del funcionario o servidor público, dado que el tipo penal hace referencia a un incremento con relación al abuso del cargo, no de las funciones o atribuciones específicas contenidas en los marcos normativos de la función. Igualmente es muy debatible que con el tipo penal de enriquecimiento ilícito se pretenda proteger valores éticos tales como la honestidad o propiamente y en exclusividad los "principios" de probidad, integridad, transparencia o –más discutible aún– la "veracidad"(409). Problemático elevar la "veracidad" –por fuera del espacio administrativo disciplinario– al rango de bien jurídico específico penal, al representar ello un trastocamiento de las bases mismas del Derecho Penal y Procesal Penal. Limitado, en perspectiva distinta, acontece el criterio de los principios de "probidad" e "integridad", términos más afines a una de las lecturas de bien jurídico en delito de cohecho. La transparencia resulta inaplicable a una conducta de abuso del cargo. Sí es correcta la tesis de una protección de la confianza ciudadana en la Administración, que se vería seriamente dañada ante la pasividad del Estado frente a riquezas

(408) Según ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 477), es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido, existiendo en todo caso un peligro abstracto en relación con los demás objetos protegidos por los demás tipos penales. Para CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 79), la esencia del artículo 401 y del bien jurídico protegido por la norma no es el impedir el perjuicio del patrimonio del Estado, ni el deber de vigilar el destino correcto de los fondos del tesoro público, sino el mandato que el funcionario o servidor –o todo miembro de la Administración Pública– no utilice ni emplee su cargo para lograr alguna ventaja económica o una mejora patrimonial. GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 115), por su lado, anota que es la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública –lo que comprende a su vez a la actuación de los agentes que la integran– el bien jurídico específico; CARO (SAN MARTÍN, CARO y REAÑO: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 125 y ss.) considera que para determinar el bien jurídico es necesario establecer las condiciones de merecimiento y necesidad de pena que lo fundamentan.

(409) Tesis sostenida por MONTOYA VIVANCO, Yván en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012, p. 63. MONTOYA sostiene un bien jurídico autónomo y propio para el delito de enriquecimiento ilícito.

mal habidas del funcionario/servidor público. Se podría sostener que lo que se busca proteger es la transparencia de los ingresos del funcionario/servidor público; no obstante, con dicha categorización ingresaríamos a un escenario de estricta ilicitud administrativa. Decididamente no podría constituir, de conformidad al tipo penal nacional de enriquecimiento ilícito, el bien jurídico una omisión o incumplimiento de justificar la procedencia lícita del patrimonio.

Con palabras de INCHAUSTI, se expresa el sentir de la doctrina argentina sobre el objeto jurídico protegido por la norma penal de enriquecimiento ilícito, en tanto preservación de la ética del funcionario en cuanto base esta del respeto a los organismos del Estado: «se preserva con la figura en análisis, el decoro, la dignidad, la insospechabilidad de la Administración Pública»(410). DONNA, asumiendo como propia la posición de un sector de la doctrina argentina, ve igualmente en la protección de la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración y de quienes la encarnan el interés jurídico protegido(411). Tesis, por lo dicho anteriormente, respetables, pero que no llegan a condensar las ideas rectoras de un bien jurídico penal específicamente protegido, más allá de su valor e importancia ética.

La Corte Suprema, en Ejecutoria del 16/05/2003, Exp. N° AV-09-2001, consideró un bien jurídico múltiple y abigarrado de protección penal, que se lesionaría con el enriquecimiento ilícito del sujeto público, concretado en la "Administración Pública, lo que significa ejercicio de funciones y servicios públicos; observancia de los deberes del cargo o empleo; continuidad y desenvolvimiento normal del ejercicio; prestigio y dignidad de la función; probidad y honradez de sus agentes; y protección del patrimonio público de los símbolos y distintivos estatales"(412).

(410) INCHAUSTI, Miguel A.: *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, p. 39.

(411) DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 393.

(412) Dicha enunciación generalizadora del bien jurídico protegido efectuada por la Corte Suprema fue con relación al caso de enriquecimiento ilícito imputado a Blanca Nélida Colán, ex Fiscal de la Nación. Dicha alta funcionaria del Ministerio Público fue acusada, entre otros supuestos delictivos, de mostrar manifiesta parcialidad y sometimiento al «régimen fujimontesinista» al haber omitido denunciar e investigar a Vladimiro Montesinos por actos de corrupción. El sustento para declarar la culpabilidad de la procesada por delito de enriquecimiento ilícito radicó en el resultado de las pericias contables, que concluyeron existía un incremento patrimonial no justificado, luego de haber analizado la documentación entregada por la Subcomisión del Congreso, la declaración del Impuesto a la Renta y los descargos de la procesada, en tanto no había sustento sobre los prepagos realizados al Banco Nuevo Mundo, no aceptándose la tesis de la imputada de haber tenido ahorros guardados en casa que no los depositó en entidad bancaria por temor a una

En suma, el bien jurídico general "correcta marcha de la Administración Pública" permite resaltar la idea de que funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación, esto es, de los intereses generales de la población, siendo sus deberes el posibilitar que el Estado llegue, en las mejores condiciones posibles, a cumplir sus propósitos en función de los intereses generales, mas no utilizar los cargos y empleos públicos como fuente de enriquecimiento ilícito. La imagen que proyecta, de honradez y profesionalismo, el funcionario/servidor público debe así coincidir en los planos de realidad y apariencia, de modo que los ciudadanos tengan confianza en ellos, saber que sus manos están limpias.

X. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo exclusivamente el funcionario y servidor público. Los particulares no podrán ser denunciados o procesados por delito de enriquecimiento ilícito, tal conducta y/o resultado en el Perú es penalmente atípica. Los sujetos públicos, para ser sujetos de sanción penal, deberán enriquecerse teniendo un cargo o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden.

Constituye nota característica del autor del delito de enriquecimiento ilícito una relación funcional con el cargo, no necesariamente con la función, lo que posibilita considerar que se trata de una vinculación funcional no intensa y flexible con el bien jurídico protegido, a diferencia de lo que acontece con los delitos de peculado, colusión y cohechos pasivos, tipos penales en los cuales la relación funcional es formal, intensa y estricta, y muy similar a lo que acontece con el delito de concusión del artículo 382 del Código Penal, donde igualmente el comportamiento típico del sujeto público está construido en razón del abuso del cargo(413).

Sujeto pasivo es la Administración Pública, ya que ella es el titular del bien jurídico protegido. Resulta no asimilable la idea de que los particulares puedan, en este ilícito penal, ser sujetos pasivos del delito. Sin embargo, pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o

quiebra financiera; argumentos reputados por el órgano judicial supremo de inconsistentes y poco creíbles. Considerándose, más bien y por el contrario, que ello ha puesto en evidencia que los signos exteriores de riqueza tienen un origen ilícito, producto de dinero mal habido recibido de parte del asesor presidencial, a cambio de favores políticos y también para garantizar su permanencia e incondicionalidad en el cargo (Véase dicha ejecutoria en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Tomo II, Lima, Editorial Idemsa, 2004, p. 356).

(413) ARISMÉNDIZ AMAYA considera que el tipo penal exige que el sujeto cualificado abuse de sus atribuciones propias del cargo, *Manual de delitos contra la Administración Pública*. cit., p. 823.

servidor público que con abuso del cargo incrementó ilícitamente su patrimonio; situación que puede conllevar que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil.

XI. EL INJUSTO OBJETIVO

El tipo penal del artículo 401 no describe en forma precisa conducta alguna más allá de la frase "abusando de su cargo" y de la referencia al incremento del patrimonio, sin aportar mayores elementos de tipicidad que guíen el análisis jurídico, situación que contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala, objeto de crítica. No obstante, de la naturaleza del hecho ilícito, de la gravedad de la sanción y del carácter subsidiario o complementario de dicha norma, se pueden destacar los siguientes elementos materiales y formales implícitos en la fórmula peruana del enriquecimiento ilícito:

1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico *ex ante* y el patrimonio económico *ex post* del sujeto público

El material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas y otros) actuado durante el proceso debe poner en evidencia situaciones de asimetría, desproporciones o sencillamente contrastes notables entre la masa de bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo público con relación a los detentados o tenidos antes del ingreso al mismo, que no pueden ser explicados o justificados técnicamente o mediante criterios de estimación valorativa con el total de ingresos lícitos del funcionario o servidor una vez practicadas las deducciones del caso y realizadas las comparaciones estadísticas. No cabe admitir situaciones de enriquecimiento ilícito por montos nimios o insignificantes que más pueden llevar al error estadístico que a acreditar delito. Aquí deberá estarse a lo establecido en la fórmula sugerida por la Convención Interamericana Contra la Corrupción; por lo mismo, solo un contraste ostensible, conforme a parámetros tributarios, variables sociales de enriquecimiento o análisis personalizado del estatus socioeconómico del agente, nos permitirá superar la indeterminación del lenguaje empleado y las limitaciones descriptivas del legislador, aunque corregida en parte cuando incorpora en un segundo párrafo (del art. 401 del CP) de corte procesal la frase «notoriamente superior». En los casos en que el incremento patrimonial recién se patentice ulteriormente al término o después del ejercicio de la función o empleo, el enriquecimiento deberá estar en vinculación causal con el periodo de ejercicio funcional.

La declaración de rentas o los informes de las remuneraciones e ingresos por todo concepto, que las entidades públicas a las que pertenece el funcionario o servidor emitan a solicitud, son datos que, por lo general, constituyen un reflejo importante –no exclusivo– de los ingresos o del patrimonio de partida o progresivo del sujeto público, que pueden aportar evidencias objetivas sobre la existencia o no de algún incremento patrimonial ilícito que haga o genere enriquecimiento. No obstante, así como la declaración de rentas en su contenido debería exhibir toda la masa patrimonial realmente existente del funcionario/servidor público, puede igualmente ser sobredimensionada con anotaciones de bienes o capital inexistente(414) o alterada debido a la astucia del funcionario o servidor, que puede servirse de terceros allegados o no a su entorno personal o familiar, y que le sirven para disimular la consumación del delito(415). Desde otra perspectiva, la declaración de rentas del funcionario debe ser vista bajo criterios de ponderación por el juzgador a fin de no convertir el delito del artículo 401 del Código Penal en un rígido esquema contable de balance/desbalances, lo cual posibilita flexibilizar o racionalizar el carácter determinante de dicha declaración de ingresos en supuestos en los que existan ingresos lícitos formalmente no sustentables, pero que –por su informalidad– son reales y deben ser tomados en cuenta.

El dispendio exagerado de dinero, la ostentación de bienes y los signos apreciables de prosperidad real que contrasten con sus ingresos oficiales o con su riqueza inicial, o los súbitos o continuos pero irregulares procesos de cancelación de deudas apreciables de dinero, serán todos indicios a tomar en cuenta por el juzgador para evaluar los niveles de pertinencia y subsunción del incremento económico en los requerimientos de la objetividad material del injusto penal de enriquecimiento ilícito.

Pero el delito de enriquecimiento ilícito no es solo incremento patrimonial, es también y sobre todo abuso del cargo poseído por el sujeto público. El abuso de la calidad o del estatus funcionarial ha contribuido en parte a superar la escueta y rígida fórmula contable del desbalance como el quid del delito, como la conducta típica no poseída por la figura penal 401, obligando al fiscal y al juez, quien va a tomar en definitiva la decisión de condena o absolución, a evaluar la carga funcional personal del

(414) Así, Huerta Acuña, Teófilo Martín: «Breve estudio del enriquecimiento ilícito», en *XVII Congreso Latinoamericano - IX Iberoamericano - I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 747: es bien sabido que dichas declaraciones no se ajustan necesariamente, en todos los casos, a la verdad.

(415) Al respecto, véase Castillo Alva: "El caso Joy Way", cit., p. 77, quien pone en duda la eficacia de las formales declaraciones juradas de rentas de los funcionarios.

aprovechamiento efectuado por el funcionario/servidor que debe explicar el incremento patrimonial ostensible. Ello exige labor de investigación de parte de la fiscalía, esto es, superar el fácil recurso de tomar al pie de la letra las elaboraciones de ajustes y desajustes numéricos que elaboran los peritos contables de la fiscalía, que pueden estar limitados por falta de información, unilateralidad o rigidez contable. Con relación a las pericias, rige el principio basilar de la administración de justicia penal, en el sentido de que son importantes para ir configurando parte del plano de tipicidad, pero en modo alguno pueden informar del criterio de culpabilidad que es el espacio exclusivo de análisis reservado al juzgador.

2. El incremento relevante. El tema de la cuantía que hace enriquecimiento o que lo agrava

La estimación cuantitativa de cuál es el monto penalmente relevante para asimilar el incremento a la noción de enriquecimiento ilícito es de por sí variable y sujeto a discusión, en la medida que se establezcan cuáles son los indicadores económicos promedio o de consenso que definan los signos de prosperidad en un país y los niveles de ingreso de los sujetos activos del delito, o, como propone Caro Coria, «tantas veces el sueldo del funcionario»[416]. Que el contraste sea ostensible o, con el lenguaje de la norma penal complementaria, «notoriamente superior» descarta de la figura de enriquecimiento los *quantums* convertibles a dinero que se hallen por debajo de las expectativas regladas de ingresos de los funcionarios y servidores, así como los montos deleznables de aumento en los bienes económicos o en la disminución de los pasivos. Este contexto definirá un espacio de vigencia del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal. Le compete, en suma, a la Corte Suprema, en deficiencia de pautas legales y o reglamentarias, fijar los indicadores del caso según las particularidades concretas. Los términos de referencia en función de un número determinado de unidades impositivas tributarias, de los sueldos máximo y mínimo de los funcionarios y servidores públicos, o pautas más concretas que evalúen caso por caso los factores de enriquecimiento, son criterios que pueden ayudar a definir la estimación cuantitativa.

Complementando lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Código Penal, en la versión anterior de la figura penal, al usar la palabra «se enriquece» estaba enfatizando un estado de real y marcada prosperidad económica

(416) Caro Coria, en Reaño P., Caro Coria, San Martín: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir, aspectos sustantivos y procesales*, cit., p. 210. El caso de México es ilustrativo en este punto, ya que allí la agravante se define en razón a la cantidad del incremento tomando como referente el salario mínimo diario, ver "Legislación extranjera".

no compatible con cuadros de incrementos insignificantes. Enriquecerse es un estado *ex post* de apreciable solvencia patrimonial económica en un contexto social determinado. No resulta atinado conceptualizar el enriquecimiento desde una perspectiva normativa que vea en cualquier suma de dinero, en su extremo deleznable, agregada al patrimonio del sujeto activo y resultante del desbalance estadístico, el dato relevante del enriquecimiento ilícito.

Los ejemplos que podemos observar en la legislación comparada son de por sí bastantes ilustrativos al respecto. Así, el ***Código Penal mexicano*** para el Distrito Federal en su artículo 275 ha optado por señalar dos cuantías o referentes económicos: (i) *cuando el monto de enriquecimiento no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y momento en que se comete el delito*; (ii) *cuando el monto de enriquecimiento exceda del equivalente* anterior. Hay que tomar en cuenta que el salario diario vigente para el Distrito Federal (enero 2020) es 185 pesos (el dólar equivale, a junio de 2021, a 19 pesos mexicanos). Las consecuencias punitivas que fija el tipo penal mexicano son 6 meses a 5 años y 2 a 12 años de prisión, respectivamente. Podrá apreciarse en este esquema de cuantías para establecer un tipo básico y otro agravado la graduación de la respuesta punitiva conforme a criterios de ponderación legislativa y proporcionalidad. El ***Código Penal de Panamá*** (artículo 351) utiliza igual sistema de cuantías para un tipo básico (hasta 100,000 balboas: pena de prisión 3 a 6 años) y otro agravado (si el incremento indebido del patrimonio supera los 100,000 balboas, pena de prisión de 6 a 12 años). Hay que tomar en cuenta que el dólar y el balboa, moneda nacional de Panamá, son equivalentes en paridad cambiaria. El ***Código Orgánico Integral del Ecuador*** (artículo 279), por su parte, establece tres rangos de cuantías o referentes económicos: (i) superior a 400 salarios básicos unificados del trabajador (pena privativa de libertad de 7 a 10 años); (ii) entre 400 y 200 salarios básicos unificados (pena privativa de libertad de 5 a 7 años de prisión); y (iii) hasta 200 salarios unificados, pena de 3 a 5 años. Salario básico unificado establecido en 400 dólares.

Destaca en estos ejemplos de la legislación penal comparada una política criminal orientada a graduar la respuesta punitiva según el monto del incremento patrimonial que hace o genera enriquecimiento ilícito. Sin embargo, queda incontestada la cuantía mínima, la que quedará sujeta a criterios complementarios de ponderación establecidos tanto en la Convención Interamericana (1996), que alude a un incremento de "significativo exceso" respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones, como en la Convención de las Naciones Unidas (2002), que refiere un incremento significativo del patrimonio del funcionario respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él. Y en

el caso del Código Penal peruano, a un monto activo o pasivo "notoriamente superior" con relación a su declaración jurada de bienes y rentas, lo que nos lleva necesariamente a comprender igualmente la suma de patrimonio con la que entra el funcionario al ejercicio de la función o servicio público, esto es, la que adquirió u obtuvo antes de ser sujeto público y que es manifestada a la Administración en su declaración escrita de bienes y rentas, en tanto documento dotado de presunción de licitud y con idoneidad probatoria.

El Acuerdo Plenario 3-2016 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Supremas ha concluido que no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el delito de enriquecimiento ilícito, pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, con base en ello, inferir e imputar su presencia. El tema, como queda evidente, no está resuelto y queda en el ámbito de la discrecionalidad del juzgador, asunto, por lo visto, bastante incierto y polémico.

3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito

El artículo 401 del Código Penal en su redacción original no daba ningún referente respecto a los medios concretos del incremento patrimonial que hacían el enriquecimiento del funcionario/servidor público. Posteriormente, por reforma producida mediante el D. L. N° 89, del 7 de mayo de 1992, se anexó el artículo 401-A, que incorporó la frase *«en todo caso, los donativos, dádivas o presentes serán decomisados»*. Como hemos indicado ya, el tipo penal de enriquecimiento ilícito se ha construido con base en una fórmula extremadamente genérica y abierta, que no establece conducta concreta ni da referentes objetivos para la apreciación del incremento relevante. Para subsanar en parte tal situación, el contenido del artículo 401-A ofrece al análisis algunos puntos de partida interesantes. En primer lugar, los medios de enriquecimiento anotados (es decir, los donativos, dádivas o presentes) son propios de los delitos de corrupción de funcionarios. En segundo lugar, la norma penal complementaria ofrece un marco de referencia para delimitar los alcances de tipicidad del supuesto de hecho, cuando hace referencia a un marco de cotejo a ponderar entre el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario/servidor en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas.

Donativos y dádivas[417] tienen idéntico significado lingüístico. Su uso diferenciado en la norma penal refleja un exceso de puntillosidad descriptiva,

(417) Véase *supra*, p. 34 y ss. ("Los medios corruptores").

a no ser que el legislador haya tenido en consideración el factor cuantitativo para definir la dádiva como obsequio o regalo de menor gravitación que el donativo(418). En cambio, el ***presente,*** que sigue siendo igualmente un obsequio o regalo, tiene además un indicador de oportunidad afectiva, que lo distingue de la dádiva o del donativo, referido a la cosa u objeto especial revestido de un matiz no directamente patrimonializado (entregado al sujeto público a cambio de alguna prestación o favor), que, sin embargo, dada la naturaleza del delito, se torna irrelevante, teniéndose que optar para su estimación en su necesario carácter patrimonial. Más allá de estas precisiones, tales términos ofrecen el mismo significante en cuanto a sentido patrimonial básico. Nótese que la norma no alude a las ventajas, las que en alguna forma y en determinados casos también poseen equiparación económica, lo que puede traer complicaciones cuando el órgano persecutor del delito tenga que efectuar valuaciones de la masa patrimonial incrementada.

La pregunta que de inmediato surge es ¿son los donativos, dádivas y presentes los únicos medios de enriquecimiento ilícito, de modo que el tipo penal cierre con ellos sus exigencias patrimoniales? La respuesta tiene que partir de una necesaria observación: el artículo 401-A es una regla de agregado (que complementa la figura del artículo 401 o tipo básico de enriquecimiento ilícito) referida a una consecuencia jurídica cuya pertinencia era innecesaria, por cuanto bastaba, si se quería hacer mención al decomiso de los bienes, el artículo 102 del Código Penal, quedando, por lo mismo, circunscrito el contenido del tipo complementario a la alusión material de los medios de enriquecimiento (*donativo, dádiva, presente*) y a la expresión aclaratoria que la precede (*en todo caso*). Bajo estas circunstancias se puede considerar, desde la perspectiva de una interpretación literal, que el legislador peruano ha querido denotar que el delito de enriquecimiento ilícito es igualmente una forma de corrupción de funcionarios, interpretación que permitiría considerar bajo dicho contexto que los medios de enriquecimiento señalados cierran el tipo penal.

Sin embargo, queda en pie la objeción de que el enriquecimiento ilícito de funcionario y servidor público no siempre se consuma vía donativo o presente, sino también por otros medios más expeditivos (exacciones, apropiaciones, sustracciones, etc.); argumentación nada deleznable, aún más si consideramos que optar por la perspectiva del cierre del tipo presupone admitir que solo los delitos de corrupción constituyen la fuente generadora del ilícito penal de enriquecimiento ilícito. Como se apreciará, no por

(418) En modo alguno es válida aquí la acepción extensiva del término "dádiva" que hace Carlos Creus, en cuanto objeto desprovisto de contenido económico (Creus: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 281; ídem, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, 1981, pp. 274-275).

el hecho de la inclusión de la regla 401-A ha sido esclarecida la fuente del incremento patrimonial reputado penalmente ilícito. Las inconsistencias técnico-legislativas del tipo básico y complementario de enriquecimiento ilícito siguen así poniendo en tela de juicio su existencia misma, en tanto coherencia lógico-sistemática y corrección técnico-legislativa, además de los problemas derivados de su necesidad político-criminal.

4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo

Si el enriquecimiento, es decir, el marcado y desproporcionado contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, constituye el contenido material del delito en estudio, en cambio, la ilicitud –en el más amplio sentido, ya sea penal, civil, administrativo, etc., o en un sentido más estricto, solo penal– es el componente formal que integra el delito. La ilicitud del enriquecimiento vía acreditación de la procedencia ilegal o socialmente desvalorada tiene que mostrar al juzgador que el incremento rebasa significativamente el estimado promedio de recursos económicos del sujeto activo (resultantes de contrastar los ingresos legales y debidos por todo concepto del funcionario y/o empleados), y por sobre todo que la forma y modos de su obtención han sido ilegítimos, situación que se torna incompatible con la posición de garante y/o de servicio a la Nación asumida por todo sujeto público.

La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal 401 el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan solo la ilicitud penal del resultado «enriquecimiento» expresado en el tipo con la frase "incremento ilícito de patrimonio", es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles por el ordenamiento jurídico o socialmente ajustados (remuneraciones legales, herencias, negocios familiares, premios, etc.).

El componente de la "**no justificación**" del incremento patrimonial apreciable que fue incorporado (luego derogado) en el tipo penal con la reforma provocada por la Ley N° 28355, en tanto imperativo de conducta dirigido al funcionario o servidor –de quien se presume ha incrementado su patrimonio ilícitamente–, constituyó uno de los elementos del tipo que fue intensamente objetado tanto en la doctrina argentina, colombiana y nacional, con mayor fuerza aún que la indeterminada conducta del incremento patrimonial. Las razones que se dieron son de peso, junto al cuestionamiento de la constitucionalidad de la figura penal de enriquecimiento ilícito, al

suponer una inversión de la carga de la prueba[419]: afectación del principio de legalidad (indeterminación del tipo penal), presunción de inocencia, prohibición de declarar contra sí mismo (*nemo tenetur*), debido proceso, defensa en juicio, presunción de culpabilidad, estándar de prueba más allá de toda duda razonable. No obstante, y como bien describe DONNA, también se han producido argumentaciones para sustentar el deber de justificar el incremento patrimonial con base en el argumento central del Estado democrático de Derecho (deberes funcionales del sujeto público de asegurar los fines de la Administración Pública y que le colocan en una posición de tener que fundamentar su posición de garante), por ejemplo, CHINCHAY CASTILLO considera que "demostrado que fuese el desbalance entre la situación patrimonial y los ingresos lícitos del funcionario, se invierte la carga de la prueba: es el funcionario quien tiene que demostrar que los ingresos son lícitos, y si no puede hacerlo se le sancionará por enriquecimiento ilícito, no a pesar de no haberse demostrado qué actos concretos motivaron el incremento patrimonial, sino precisamente por ello"[420]. Una bien lograda frase de SOLER sintetiza esta posición: «Nada desmedido, irregular o severo hay en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado; la asunción de un cargo público comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial, con lo que quien sienta esta obligación como demasiado pesada e incómoda debe apartarse de la función pública. Esa obligación de rendición de cuentas sitúa al funcionario público en igual posición que los administradores de la quiebra, los de una sucesión o aquellos otros de un consorcio de copropietarios"[421]. En la perspectiva que tanto al fiscal y al procesado le son inherentes ofrecer medios de prueba, FERNÁNDEZ LÓPEZ anota en relación a este último: En efecto, en el ejercicio de su derecho de defensa, puede aportar elementos de juicio para acreditar, bien que no se

(419) Por todos véase la evaluación en contra y en pro de la justificación por parte del sujeto público del incremento patrimonial reputado ilícito, en DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 382 y ss.

(420) CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario: "La participación en el enriquecimiento ilícito: visión de *lege data* y de *lege ferenda*. Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de 2017", en *Gaceta Penal*, Tomo 111, setiembre 2018, p. 51. Criterio que marcha a tono con la Sentencia de Casación del 17 de agosto de 2018, N° 953-2017-Lima, Sala Penal Transitoria, que indica que en el delito de enriquecimiento ilícito opera de modo relativo la inversión de la carga de la prueba. El fiscal debe demostrar la existencia de un incremento patrimonial y que este es muy superior al que hubiera podido alcanzar el agente como resultado de sus ingresos legítimos. Pero a partir de ello, se invierte la carga de la prueba, pues corresponde al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado ha tenido una causa justificada lícita.

(421) Citado por DONNA: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 385.

ha producido el incremento patrimonial o bien su origen ilícito (...). Así analizada, la carga de la prueba no difiere en sustancia de la carga de la prueba civil, pues cada parte debe aportar pruebas de los hechos que le son favorables. Sin embargo, debe valorarse otro elemento que es el que permite diferenciar con claridad entre la carga de la prueba civil y penal: el estándar de prueba aplicable en el orden penal. Como es sabido, en este ámbito se exige que la culpabilidad quede acreditada más allá de toda duda razonable(422).

La justificación del plus significativo que hace enriquecimiento ilícito y que se le requiere al sujeto público imputado en el proceso penal no es propiamente un problema de *inversión de la carga probatoria*, si lo posesionamos en sede de investigación administrativa, que es donde el funcionario/servidor público mantiene deberes de sujeción a la Administración, lo que no sucede ya cuando es imputado como procesado/acusado. Es en la investigación preliminar donde constituye un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de su patrimonio(423). Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición genérica de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la Nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho de que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación(424); o, como bien

(422) Fernández López, Mercedes: *Las presunciones en el proceso penal*, cit., p. 151. Agrega esta penalista: "*Lo que debería llevar a considerar que el grado de prueba exigible al acusado para acreditar los hechos habría de ser sensiblemente inferior al que ha de lograr la acusación, requiriéndole únicamente que aportase razones para hacer surgir la duda acerca de la suficiencia de la prueba en la que se sustenta la tesis acusatoria. Para ello le bastaría mostrar que existe una explicación alternativa razonable más favorable para él, esto es, una alternativa realista (en el doble sentido de hipótesis posible, y al mismo tiempo, con cierto grado de fundamentación probatoria)*. Sin embargo, señala en el caso de España: "No es esta la interpretación que nuestra jurisprudencia hace habitualmente del alcance de la presunción de inocencia como regla de juicio penal. Por el contrario, los tribunales españoles exigen que el acusado acredite los hechos favorables con el mismo nivel de exigencia que se pide a la acusación, lo que supone una degradación evidente del derecho a la presunción de inocencia".

(423) Las dificultades dogmáticas y procesales de las fórmulas colombiana y argentina que incluyen en el tipo penal la no justificación del incremento económico como elemento del injusto penal mereció por nuestro legislador nacional, antes de la dación de la Ley N° 28355, la decisión político-criminal de no contemplarla como componente típico de la figura del artículo 401. Se buscó de esta manera evitar las interpretaciones equívocas sobre la inversión de la carga de la prueba, que podía llevar a entender que el sujeto activo tenía la obligación de probar su inocencia.

(424) Artículo 39 de la Constitución Política del Estado peruano: "*Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley*".

redondea VILLADA, debe desterrarse la idea de que en esta materia, el Derecho Penal se conduce con el funcionario como con cualquier ciudadano común, y es que el funcionario público no es un ciudadano común[425]. En la lectura de los deberes de justificación, esta adquiere mayor consistencia con la tesis de CREUS sobre la naturaleza omisiva del delito, el cual, según tal apreciación, tendría su núcleo de ilicitud en la no justificación o en la no justificación suficiente de la procedencia del enriquecimiento[426]. Razonamientos colocados en sede de proceso penal y afines a una regulación o descripción típica que en la actualidad no exhibe el tipo penal 401 en la fórmula penal de enriquecimiento ilícito y que los convierte en argumentos de baja intensidad frente al deber de la carga de la prueba por parte del órgano persecutor, esto es, de la fiscalía en lo penal.

No se trata, entonces, tan solo de establecer presunciones de enriquecimiento, hay que acreditarlo con los diversos medios probatorios que existan (pericias contables, estimados financieros, análisis *ex ante* y *ex post*, concurrencia de indicios, etc.). La carga de la prueba deberá estar siempre a cuenta del denunciante o de la entidad institucional que es parte en el proceso penal (se entiende el Ministerio Público, secundado por la labor de las procuradurías del Estado). La negativa del sujeto activo a justificar en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas o de relevancia penal (diferentes a la figura 401) que el caso pueda ameritar, asistiéndole, por lo mismo, al sujeto activo la presunción de inocencia con toda su fuerza de regla de juicio y derecho rector, pese a que exista un incremento significativo en tanto esto último, no es más que el dato fáctico sobre el cual tendrá que construirse todo el armazón de la imputación con base en indicadores probatorios y de responsabilidad subjetiva. Presunción que exige al juez permitirle al imputado examinar y contradecir la prueba de cargo a fin de concretar su defensa cuando dichos medios probatorios hayan supuesto levantamientos de reserva, secretos bancarios, financieros u otra información que se mantuvo reservada por las entidades de control o de persecución.

5. La relación funcional del enriquecimiento con el abuso del cargo

La redacción actual de la figura de enriquecimiento ilícito no hace mención de la "razón de su cargo", a que aludía la fórmula original (1991),

(425) VILLADA: *Delitos contra la función pública*, cit., p. 385.

(426) Al respecto, véase la crítica de SANCINETTI (*El delito de enriquecimiento de funcionario público*, cit., p. 105) a los planteamientos de los tratadistas clásicos argentinos (CHIAPPINI, CREUS y otros).

habiéndolo sustituido con la frase "abusando de su cargo", lo cual deja intacto el análisis efectuado a este componente de tipicidad normativa, dado el gran valor que tiene a efectos de entender la figura penal.

La fórmula peruana original, a diferencia de la colombiana, incluyó en el tipo la frase *«por razón de su cargo»*. ¿Ello permitía colegir acaso que está excluido el ejercicio de la función como fuente generadora del incremento patrimonial, o debía entenderse que *«por razón de su cargo»* también incluía el ejercicio funcional? El tema es de por sí debatible. La posición del autor de este trabajo es afirmativa conforme se ha detallado ya anteriormente(427), no pretendiendo con ello soslayar la necesidad del debate interpretativo y esclarecedor al respecto. Con la fórmula actual de "abusando de su cargo", el tipo penal no restringe la conducta del sujeto vinculado a abusar de las atribuciones o competencias específicas, sino que las integra en una mención más difusa y general, comprendida en el abuso de la calidad, esto es, del cargo. No hay, por lo mismo, una vinculación funcional intensa o reforzada.

Si asumimos la tesis de que el artículo 401 cierra el tipo penal de enriquecimiento ilícito en lo concerniente a los medios que generan el incremento de origen ilícito, entonces la vinculación funcional se circunscribirá a los ilícitos penales, propiamente en rigor técnico, de corrupción cometidos por los funcionarios y servidores públicos como fuente generadora de enriquecimiento, quedando excluidos los efectos económicos logrados con la realización de los delitos comunes (estafas, hurtos, apropiaciones, extorsiones, etc.) que hayan supuesto abuso del cargo. Igualmente estarían al margen de la vinculación funcional por razón del cargo los otros ilícitos penales distintos a los de corrupción (peculado, concusión, etc.).

En cambio, si se parte del criterio de que el artículo 401-A juega un papel subsidiario, que no es excluyente ni pretende totalizar las fuentes de enriquecimiento, entonces por razón del cargo, ahora "abusando del cargo", va a significar las siguientes lecturas: **1)** el enriquecimiento se produce durante el ejercicio de las actividades del funcionario o servidor público, incluyendo una extensa gama de ilícitos penales funcionales o ilícitos administrativos; excluyéndose aquí los acrecentamientos patrimoniales que el sujeto público haya realizado en su calidad de particular, esto es, aquellos en los que no haya intervenido la calidad funcional o el ejercicio del cargo; supuesto que si bien puede, en determinados casos, admitir la presencia de un marco de incompatibilidades, ello no es suficiente para dotarle al acto

(427) Véase *supra*, p. 349.

o resultado de enriquecimiento patrimonial relevancia penal por delito funcionarial y menos por enriquecimiento ilícito; **2)** el enriquecimiento se produce mediante el prevalimiento o aprovechamiento que hace el sujeto público de su cargo, en tanto construcción formal y elemento normativo del tipo, sin requerir que necesariamente se ejerciten actividades de función o servicio. En esta perspectiva se amplían las fuentes generadoras del enriquecimiento ilícito, pudiendo abarcar incluso a delitos comunes cometidos por el sujeto público con abuso de la imagen proyectada por su cargo, hipótesis en la que se advierte con mayor notoriedad el abuso de poder del sujeto público; **3)** el enriquecimiento se produce mediante el aprovechamiento del cargo con relación a los delitos funcionariales de corrupción y vinculados al manejo de recursos públicos (cohechos, tráfico de influencias, negociación incompatible, peculados dolosos, colusión, concusión), lectura esta que solo será razonable si el funcionario o servidor público no ha sido objeto de procesamiento y decisión judicial por los indicados delitos.

El vínculo funcional comprende así 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 se enriquezca a que se enriquezca abusando del cargo o en razón de su cargo[428].

XII. ELEMENTO SUBJETIVO

Por principio jurídico-dogmático asumido por el Derecho Penal peruano, no se puede castigar ningún delito por la sola existencia de un resultado material, en este caso de enriquecimiento, es decir, por el incremento patrimonial que no ha sido acreditado en su procedencia ilícita. Tiene que haber existido dolo en los actos de incremento ilícito. La responsabilidad objetiva (castigar al margen de dolo o culpa, en razón exclusiva –para el caso del tipo de enriquecimiento ilícito– al desbalance patrimonial) está desterrada de nuestro ordenamiento penal, por lo menos a nivel de principio tutelar. 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 aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. No es admisible la tesis de que el

(428) En este punto, enfatizan igualmente la razón del cargo CARO CORIA (SAN MARTÍN, CARO, REAÑO: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, cit., p. 194 y ss., vinculando la razón del cargo a criterios de imputación objetiva), CASTILLO ALVA ("El caso Joy Way", cit., p. 22, ampliamente y evaluando las distintas lecturas que existen al respecto) y GÁLVEZ VILLEGAS (*Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 152).

delito de enriquecimiento exija ánimo de lucro o tendencia interna trascendente, conforme indica GÁLVEZ VILLEGAS[429], pues, además de no ser una exigencia del tipo, con ello se estaría restringiendo innecesariamente el ámbito de tipicidad del delito, excluyéndose comportamientos y resultados de enriquecimiento referenciables en la simple conducta dolosa; a lo que hay que agregar la dificultad que se deriva de dicha tesis para admitir un delito con dolo directo y ánimo de lucro que sea a la vez susceptible de cometerse con dolo eventual.

XIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante un delito comisivo de resultado y naturaleza instantánea[430], condicionado a los incrementos significativos del patrimonio del funcionario o servidor público o de la disminución de sus pasivos, en la lógica de abusos funcionales del cargo que explican dicha acción y resultado de enriquecimiento.

El delito de enriquecimiento se consuma, objetivamente, no por la presencia de un desbalance contable, sino por la acreditación probatoria de que el monto de dinero o masa patrimonial que da cuenta dichos balances tiene procedencia ilícita y ha sido obtenido abusando del cargo por el funcionario o servidor público.

El órgano persecutor del delito deberá acreditar probatoriamente los extremos objetivos de la tipicidad del tipo de enriquecimiento ilícito, fundamentalmente *material objetivo* el primero (incremento significativo, desproporcionado a los ingresos legales del sujeto público) y *formal normativo* el segundo (el abuso del cargo). Así, la consumación que correlaciona los actos de incremento patrimonial significativos, que hacen enriquecimiento al abuso del cargo, será el resultado de actividades no conformes a Derecho en el contexto del ejercicio funcional durante el periodo temporal de vigencia del cargo. Cabe la hipótesis de incrementos fácticos ulteriores al cargo, siempre y cuando estos se expliquen y fundamenten en los actos abusivos del funcionario o servidor público durante su periodo de ejercicio

(429) GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 155 a 157.

(430) En la sentencia del 9 de febrero de 2010, Exp. N° 004-2001 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, el colegiado sostuvo la tesis del delito permanente para el tipo penal 401 del Código Penal, al considerar que "en el delito de enriquecimiento ilícito es posible afirmar una situación antijurídica en tanto persistan los actos individuales relacionados a dicho incremento durante el ejercicio de las funciones del agente, quien sigue realizando el tipo penal de manera interrumpida en el tiempo, producción de resultados típicos constantes, con desproporción mes a mes entre los ingresos y los depósitos registrados.

funcional[431]. La consumación del delito igualmente supondrá dar por acreditada la parte subjetiva del delito en su plano de tipicidad, esto es, el dolo de abusar del cargo para enriquecerse.

Como se observará, no es solo el incremento patrimonial lo que va a consumar el delito, ya que un enriquecimiento no explicado de por sí no es delictivo[432], tampoco son suficientes las presunciones que al respecto se formulen ni la negativa a justificar del funcionario o servidor. El centro de gravedad delictiva recae en la comprobada desproporción económica del patrimonio del sujeto público, cuyo origen ilícito ha sido acreditado, desproporción que atiende tanto al dinero y bienes poseídos como por igual a la cancelación-disminución ostensible de pasivos, vinculados ambos a su condición de funcionario o servidor público que abusa del cargo que detenta o posee legalmente, y que explica la lógica causal del incremento y le da sentido penalmente relevante. Asimismo, es de considerar no acertada la opinión de ABANTO VÁSQUEZ[433], para quien el delito se consuma no solamente con el incremento del patrimonio del funcionario, sino con el «vencimiento de los plazos para la justificación de tal incremento», lo cual incorpora un elemento procedimental en el *iter criminis* del delito que el tipo penal no registra, además de hacer depender los plazos de prescripción de la acción de un criterio no establecido por la Parte general del Código Penal peruano. No comparto, igualmente, la opinión de GÁLVEZ VILLEGAS[434], según la cual la incorporación de los bienes, derechos y/o activos al patrimonio del sujeto activo, de su familia o de la persona interpuesta, o al asumir la titularidad de los bienes, consuma el delito. GÁLVEZ funde aquí, en un solo concepto, acción con resultado, tomando a ambos elementos de tipicidad como idénticos, lo cual por lo demás justifica su perspectiva de análisis que ve en el tipo penal 401 un delito de simple actividad.

(431) La ejecutoria suprema del 16/05/2003, Exp. N° AV-09-2001, ya citada anteriormente, considera al enriquecimiento ilícito un delito comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es resultado de actividades no ajustadas a Derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio público funcional, bajo el presupuesto de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.

(432) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl al respecto indica: en realidad, lo que se reprime en nuestro medio es el enriquecimiento ilícito y no el incremento patrimonial no justificado. Que esto suponga un origen ilícito es algo que debe deliberarse. *Derecho Penal. Parte especial*, Lima, Idemsa, 2010, p. 731.

(433) ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 487.

(434) GÁLVEZ VILLEGAS: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 161.

Cuando el tipo penal en su redacción anterior señalaba, refiriéndose al sujeto público, «no pueda justificar razonablemente» no estaba diciendo con ello que no justifique, esto es, que no quiera o se vea imposibilitado de justificar, sino que más bien se estaba colocando en la situación en la que, desde la perspectiva normativa, pese a sus intentos, las razones dadas para justificar el incremento no son idóneas o suficientes para superar la imputación de ilicitud, lo cual no supone que el juez vea en ello criterio de culpabilidad, pues está el fiscal en la obligación de presentar un plexo probatorio razonable, más allá de las limitaciones del sustento probatorio del sujeto público imputado o de la negativa a justificar. El deber de justificar si bien es un importante componente administrativo bajo dominio del funcionario procesado, no forma parte del núcleo ni del espectro de irradiación del tipo penal 401, no pudiendo argumentarse –dada su inconstitucionalidad– que el no justificar consuma el delito o que constituye un indicio de culpabilidad. El funcionario/servidor público investigado o acusado puede optar por no desarrollar actividad probatoria de descargo, siendo deber del fiscal de proveer en juicio el material probatorio que demuestre el abuso del cargo como *modus operandi* del incremento patrimonial ilícito, donde el desbalance es solo un dato contable, de importancia, por cierto, pero no es ni la conducta típica ni configura por sí la ilicitud de procedencia. En el fiscal recae el deber de la carga de la prueba que detalle objetiva y técnicamente el incremento notorio, que dicho incremento es producto del abuso del cargo y que su naturaleza es de procedencia ilícita. En este marco de argumentación, deberá el fiscal rebatir y superar la tesis activa de la defensa acerca de la inidoneidad de las razones probatorias de cargo, de la licitud de la procedencia, del *quantum* y de la inexistencia de abuso funcional. La justificación contable del incremento torna irrelevante la imputación de ilicitud y, por lo mismo, de la tipicidad del supuesto acusado.

La razonabilidad de la justificación, cuando es argumentada por la defensa, va dirigida, en juicio, al juez encargado de ponderarla, para lo cual no se requerirá una matemática proporción de ajuste, sino elementos significativos que superen el contraste económico acusado por el Ministerio Público.

La tentativa supone que existen actos fragmentarios que por sí mismos no son suficientes para acreditar la existencia material y subjetiva del delito. En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, la posibilidad de tentativa en la medida de incrementos fronterizos con los incrementos significativos, que rebasen las estadísticas de error, resulta una tesis bastante debatible. Castillo Alva anota la posibilidad de que se presente la figura

del desistimiento voluntario a enriquecerse[435]. Asuntos por cierto necesitados de mayor ahondamiento temático.

XIV. PARTICIPACIÓN

Solo pueden enriquecerse ilícitamente, según la figura del artículo 401, los funcionarios y servidores públicos, los mismos que responden a título de autores. Al tratarse el tipo penal de enriquecimiento ilícito de un delito cuyo núcleo material es el incremento patrimonial, los aportes de complicidad están necesariamente vinculados a facilitar dicho incremento, a simularlo a través de terceras personas, a ocultar el aumento de la masa patrimonial del funcionario/servidor público (el *dominus* mandante), y en esta orientación juega un papel de gran importancia el "testaferro". El testaferrato en realidad es una práctica de simulación muy extendida en el actual mundo de los negocios, es más es un negocio que reporta ganancias y contribuye a la vez a ocultarlas. Si bien la complicidad no puede agotarse en el rol del testaferro, de parte de quien aporta con el funcionario o servidor público que se enriquece; sin embargo, dada la excesiva y hasta exclusiva importancia concedida al incremento patrimonial, en detrimento del abuso del cargo, parece que no habría otra forma de entender aportes de complicidad.

El Código Penal peruano vigente no ha normativizado expresamente la situación jurídico-penal de los terceros llamados «hombres de paja», testaferros o personas interpuestas (particulares allegados, incluso –y en determinadas hipótesis– familiares, o extraños pero vinculados con el sujeto activo del delito), quienes por lo general son utilizados o concertados por los sujetos públicos para disimular u ocultar el estado de enriquecimiento logrado por estos; supuesto de hecho en el que bien podrían responder por delito de encubrimiento o receptación según cuáles sean las particularidades del caso y de concurrir las exigencias de tipicidad subjetiva. A diferencia de lo que sucede por ejemplo, en el Código Penal de Guatemala, que expresamente le dedica el artículo 448 para criminalizar y penalizar la figura del "testaferrato", que puede ser cometida por una persona natural como por igual por una persona jurídica[436]. El Código Penal colombiano, históricamente fue el cuerpo punitivo –al igual que el de Argentina– que

(435) Castillo Alva: "El caso Joy Way", cit., p. 81.

(436) Código Penal de Guatemala. Artículo 448 *QUATER*, adicionado por el artículo 33 del Decreto N° 31-2012: "Comete delito de testaferrato, la persona individual o jurídica que prestare su nombre o razón social para colaborar en la comisión de cualquiera de los delitos en el Título XIII de este Código. El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de 5 a 10 años y multa de 50,000 a 500,000 Quetzales".

se orientó decididamente a regular el delito de testaferrato (Código Penal de 1980, artículo 148; Ley N° 190 o Estatuto Anticorrupción de 1995; Código Penal de 2000, artículo 412), para posteriormente ser derogado y pasar a formar parte de una hipótesis de lavado de activos, recogido en el artículo 326 ("*Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos [...] secuestro extorsivo, extorsión y conexos incurrirá en prisión de 96 a 270 meses y multa)* y otra de enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 327 del Código Penal colombiano: "*El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá por esa sola conducta, en prisión de 96 meses a 180 meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a 50,000 salarios mínimos legales mensuales vigentes")*(437).

El testaferro, el titular aparente o contratante fingido, nos dice Muñoz Sabaté, señala a la persona que suplanta, encubre o se disfraza legalmente, prestando su nombre e identidad, firma o bien su personería, ya sea física o jurídicamente, emulando el papel social de la persona mandante a la que en el fondo representa (...); en términos legales y económicos describe a aquellas personas que suplantan a otras en negocios generalmente fraudulentos, de tal modo que a pesar de la suplantación, estas personas encubiertas no dejan de ser las perceptoras de los beneficios del fraude"(438).

En el caso de los testaferros o de los instrumentos (que obran dolosamente) empleados por los funcionarios y servidores públicos para enriquecerse, al estar ubicados en el proceso del *iter criminis* del delito, en una lectura distinta a la de autores de receptación, serán reputados cómplices del sujeto público(439). En suma, como podrá advertirse en la figura penal de enriquecimiento ilícito, tanto la tesis de la autonomía como de la unidad de la participación se revelan con capacidad de rendimiento. En lo general y como bien recuerda Gálvez Villegas(440), rigen aquí las reglas

(437) Al respecto, Ruiz Yepes, Luz América: *El delito de testaferrato conforme con el nuevo Código Penal*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 14 y ss.

(438) Muñoz Sabaté, Lluis: *El testaferro. Su prueba en el Derecho y la política*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2015, p. 15. En la experiencia española de corrupción, Sabaté da cuenta de la utilización de compañeras sentimentales, empleadas del hogar, trabajadores de supermercados, indigentes, ciudadanos que están cumpliendo penas de cárcel, discapacitados, además de los testaferros profesionales determinados banqueros, agentes bursátiles o abogados, cit., p. 26.

(439) Así, por ejemplo, véase, en la ejecutoria suprema de 2 de julio de 1998, Exp. N° 143-98, Sala C (queja), Lima, la calificación legal de cómplice en el delito de enriquecimiento imputado al acusado.

(440) Gálvez Villegas: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 182 y 183.

de la accesoriedad limitada de la participación. Aquellos supuestos en los que sean familiares de vinculación directa con el sujeto activo del delito, esto es, hijos, padres, cónyuge, esposa, hermanos, etc., quienes son utilizados para lograr el enriquecimiento ilícito del agente o para disimularlo, deberán ser evaluados caso por caso para descartar comportamientos desprovistos de tipicidad, al hallarse fundados, algunos de ellos, en el principio de confianza y no concurrencia de los elementos de tipicidad subjetiva exigibles a los partícipes, a efectos de hacer relevante la imputación penal.

SOTOMAYOR HERRERA es de la opinión de que los comportamientos del testaferro de esconder y/o disfrutar del dinero proveniente del enriquecimiento ilícito entregado por el funcionario, no constituyen actos de complicidad y, por lo mismo, no deberían ser castigados punitivamente, ya que ello significaría violentar el principio de legalidad y crear una noción de complicidad no reconocida en el artículo 25 del Código Penal(441), hipótesis en la cual no podría invocarse la accesoriedad de la participación para un delito que es exclusivo del funcionario o servidor público. En realidad, SOTOMAYOR trabaja bajo la idea de que los actos del testaferro son posconsumativos al delito y así lo dice claramente(442), hipótesis en la que obviamente no se podría argumentar en sentido distinto. El problema surge de la inconsecuente tesis legislativa de haber considerado el enriquecimiento en abstracto, sin fijar montos o cuantías –pese a la amplia e intensa experiencia de los procesos penales al respecto y a las experiencias del Derecho comparado–, con lo cual se puede perder de vista que todo enriquecimiento es un proceso y, por lo mismo, que admite *iters*, espacios y temporalidades posibles para la complicidad de los *extraneus,* o quienes dolosamente hacen más fácil o expeditivo dicho enriquecimiento, facilitando sus titularidades, cuentas, nombres, etc.

Los actos posconsumativos, esto es, aquellos aportes que ya no agregan nada cualitativo a la consumación del delito, pueden merecen la lectura que permite el delito de lavado de activos o la utilización de la vía especial de la extinción del dominio fáctico ilegal.

Nuestra legislación punitiva no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que sí la observamos, por ejemplo, en la legislación penal especial colombiana (Decreto N° 2266 de 1991, derogada actualmente del nuevo diseño legislativo que presenta el artículo 412 del

(441) SOTOMAYOR HERRERA: "¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?", cit., pp. 188-189.

(442) Véase SOTOMAYOR HERRERA: "¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?", cit., p. 190.

Código Penal de 2000), argentina (Código Penal, artículo 268.2, último párrafo) y guatemalteca (artículo 448 quater). Obviamente que el tratamiento jurídico-penal de la persona interpuesta es de por sí opinable y debatible, debiendo en este punto complementarse la norma penal de enriquecimiento ilícito con un agregado complementario o con una autonomización normativa sobre la punición del testaferrato, de forma que se racionalice la criminalización y punición de tales partícipes.

XV. JURISPRUDENCIA NACIONAL Y COMPARADA

La **jurisprudencia de la Corte Suprema** le ha dedicado parte del Tercer Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional de 2016 al estudio de la relevancia penal de los aportes del *extraneus* cómplice en el delito de enriquecimiento ilícito con dos marcadas posiciones al respecto: a) su irrelevancia penal en razón al solo hecho material de colaboración; b) la exclusiva relevancia penal de los actos de incorporación, inversión o uso, solo si se encuentran en la lógica de colaboración en los actos específicos de abuso funcional. Esta segunda posición adoptada por mayoría en realidad no soluciona los arduos problemas de interpretación de la complicidad en este delito de infracción de deber con vinculación funcional débil o difusa, ya que toca saber y llenar de contenido el componente abuso funcional o abuso del cargo en la redacción del delito de enriquecimiento ilícito[443].

La jurisprudencia del Tercer Acuerdo Plenario 2016 también sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito se materializa mediante actos sucesivos, acumulativos o simultáneos de abuso de la posición o competencias funcionariales del sujeto activo, que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario/servidor público, donde el hecho de que el enriquecimiento no sea justificable es parte estructural del delito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento. Sostiene igualmente dicho acuerdo plenario que el enriquecimiento no debe derivarse de otros delitos de corrupción (peculado, colusión o cohecho), presupuesto material negativo que lo convierte en un delito de carácter subsidiario, única forma de subsumirlo en la tipicidad del artículo 401 del Código Penal. Por lo visto, tales criterios jurisprudenciales son una manera bastante particular de entender la subsidiaridad del delito de enriquecimiento ilícito, que tiene la desventaja de dejar por fuera de la

(443) Véase una exposición de las dos posiciones debatidas en el seno del Pleno Jurisdiccional en el trabajo de Pérez López, Jorge: "¿Pueden responder penalmente los *extranei* como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito? Comentarios al Pleno Jurisdiccional Especializado en delitos de corrupción de funcionarios", en *Gaceta Penal*, Tomo 110, agosto 2018, Lima, Gaceta Jurídica, p. 54 y ss.

injerencia penal un amplio bloque de fortunas mal habidas por cohechos, peculado y otros delitos de contenido patrimonial no suficientemente investigados, sobreseídos por insuficiencia de medios de prueba o prescritos.

En materia de jurisprudencia sobre actos de complicidad, hay que destacar el R. N. N° 1579-2017-Lima, del 1 de agosto de 2018, Sala Penal Transitoria, que se pronuncia sobre la naturaleza de los actos de complicidad del *extraneus* y fija posición por la irrelevancia de la colaboración posconsumatoria. Señala dicha ejecutoria: *(i) el delito de enriquecimiento ilícito es un delito instantáneo, comisivo y de resultado que se consuma cuando el agente incrementa en forma real y significativa su patrimonio y no puede ser justificado con los ingresos legítimos percibidos; (ii) el único que puede lesionar el bien jurídico es el autor funcionario o servidor público que abusando de su cargo se enriquece; (iii) los actos de participación (complicidad) solo pueden tomar lugar en la etapa preparatoria y/o ejecutiva del delito, y una vez consumado el ilícito penal ya no se admiten formas de participación delictiva.*

En el caso concreto decidido en dicho expediente, la sala suprema sostiene que los actos imputados consistentes en desplazar el dinero al exterior del país y su ocultamiento no configuran actos de complicidad, pues la consumación del delito se había ya producido por parte del funcionario público. Incluso anota la ejecutoria que la conducta atribuida al acusado consistente en haber ayudado al funcionario a abrir cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera en la entidad bancaria, además de haber proporcionado cartas de recomendación para que pueda abrir cuentas en el extranjero, constituyen actos ajenos a la acción típica del delito de enriquecimiento ilícito, al corresponder a hechos posteriores a la consumación del citado tipo penal, al haberse ya producido con anterioridad el enriquecimiento ilícito del agente.

En la Casación N° 782-2015-Santa, de fecha 6 de julio de 2016, de la Sala Permanente de la Corte Suprema, se fijaron igualmente criterios de interés, tales como *(i) la locución "abusando de su cargo" es el equivalente de "por razón de su cargo", ya que ambas hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento; (ii) el delito de enriquecimiento ilícito es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable; (iii) la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado,*

ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros; (iv) el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación; (v) este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con dicho sujeto público; (vi) en el caso que nos ocupa, los procesados tenían una vinculación sentimental, y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto al vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de lógica.

En el R. N. N° 2939-2015-Lima, del 12 de julio de 2017, Sala Penal Permanente, se efectúan importantes precisiones: *(i) el enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto activo cualificado. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo; (ii) bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia, excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra; (iii) el delito se consuma con el abuso de la posición funcional por parte del sujeto activo, evidenciado en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito; (iv) en este contexto no es admisible la denominada complicidad posconsumativa, ni siquiera mediando acuerdos previos, pues los actos de auxilio o asistencia, conforme al artículo 25 del Código Penal, deben contribuir a la realización del hecho punible.* Cabe precisar que esta ejecutoria corrige la interpretación de un sector de jueces penales, en cuanto estos consideraban que en los actos posteriores a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, la complicidad puede ocurrir si se da un pacto previo en el que se plantee el reparto de papeles de los participantes y en el cual los cómplices se comprometen a ayudar al autor en su voluntad criminal de enriquecerse ilícitamente, ocultando su patrimonio[444].

(444) Véase tal sentido interpretativo la sentencia de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 099-2009, del 25 de enero de 2011.

En la ejecutoria suprema de fecha 21 de enero de 2009, R. N. N° 22-03-2008-AV, la Primera Sala Penal Transitoria ponderó y aplicó el **principio de primacía de la realidad** frente a los documentos, señalando que "en aplicación del principio de la realidad, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que indican los documentos, debe preferirse lo primero, cabe entender que el pago efectuado a la esposa del magistrado imputado, por la venta de un terreno, es un ingreso de la sociedad conyugal, pese a los formalismos técnicos que señalan los peritos contables. Este ingreso, a juicio del Tribunal le había permitido al procesado adquirir los bienes inmuebles".

En materia de **perjuicio patrimonial al Estado**, la ejecutoria suprema del 28 de mayo de 2009, R. N. N° 4923-2007-Arequipa, Primera Sala Penal Transitoria, consideró la irrelevancia del perjuicio económico al Estado para acreditar el delito, pues la acción típica se centra en el incremento patrimonial ilícito no justificado. Asimismo, consideró que era necesaria la realización de una pericia contable respecto al patrimonio de los encausados en el periodo de imputación, a efectos de establecer con certeza si tenían la capacidad económica suficiente para adquirir los inmuebles cuestionados.

La **jurisprudencia penal argentina** en esta materia tiene los siguientes desarrollos:

> "Con el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario público y se protege la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la Administración Pública que es el bien jurídico que se lesiona con la no justificación del patrimonio" (CNCCorr., sala IV, 04/10/1999).
>
> "No puede asignarse entidad delictiva en los términos de esta figura penal ni a la circunstancia de que el sujeto no conteste el requerimiento de justificación patrimonial que se le efectúa en un proceso judicial, ni a la insuficiente explicación acerca del origen del enriquecimiento que realice en ese mismo marco, pues ambas situaciones deben reputarse manifestaciones del ejercicio de defensa en juicio, que debe ser garantizado al imputado (...). Cabe reparar que ante las dificultades de interpretación en torno a la estructura típica que se derivan de la redacción efectuada en el artículo 268, inciso 2, y frente a las diferentes objeciones constitucionales que ha recibido este delito, diversos antecedentes jurisprudenciales concuerdan en que lo que constituye el juicio de disvalor ínsito

en esta figura no es que el funcionario no justifique su enriquecimiento cunado ello le es requerido, sino todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial injustificado o sin razón alguna" (CNCCorr., sala IV del 04/10/1999).

"En el delito de enriquecimiento ilícito, cometido por funcionario público, no se castiga la acción de enriquecerse, sino la de no justificar la procedencia de este, con lo cual la ley no consagra una presunción sino impone un deber y sanciona su incumplimiento" (CNCCorr., sala I. 05/10/2000).

"Es constitucional el artículo 268.2 del Código Penal, pues no se advierte ningún óbice constitucional en que a los funcionarios o empleados públicos se les exijan ciertos deberes en calidad de requisitos previos y permanentes a partir del inicio de la relación de empleo público, durante ella y hasta determinado tiempo posterior a su desvinculación de la función, que en ciertos casos importan renuncias admisibles a garantías fundamentales, como la obligación de presentar declaraciones juradas patrimoniales que significan resignar el derecho a la privacidad" (CNCas. Pen., sala 1, 08/05/2000).

"El incumplimiento del deber de justificar que asigna el tipo penal del artículo 268.1 del Código Penal no conlleva una condena ni importa una presunción de culpabilidad, siendo tarea del Estado –a través del Ministerio Público– probar la existencia de un injustificado enriquecimiento apreciable, vinculado al ejercicio de la función pública" (CCrim. 7 Nom. de Córdoba, 20/10/1998).

"Acreditada la presencia de un grueso enriquecimiento y ante la ausencia de la mínima explicación, corresponde la aplicación del tipo de enriquecimiento ilícito, sin que aparezca ninguna norma constitucional afectada" (CNCCorr., sala de Feria, 15/01/1998).

"El tipo penal de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos es inconstitucional dado que, si en el legítimo derecho que la Constitución reconoce a toda persona, el funcionario público decide abstenerse de declarar, tal acto lo llevaría sin más a la condena" (CNCCorr., sala I, 31/07/2000).

"El artículo 268.2 del Código Penal no describe una acción punible para el caso del testaferro, pues esta solo se prevé para quien sea autor principal. Pero, al fijar dicha norma un modo de realización del tipo incluye la colaboración de terceras personas, el

castigo de estas señalado por el concurso que prestan al funcionario para disimular su enriquecimiento" (CCrim.7 Nom. De Córdoba, 20/10/1998).

"Se desestima por inexistencia de delito la denuncia que tiene por objeto que se investigue el incremento patrimonial de la imputada, con el fin de constatar si para ello infringió normas tributarias, pues no reviste el cargo de funcionario público. El órgano judicial no integra un Estado gendarme con interés en conocer el modo en que todo habitante de la Nación logre aumentar su patrimonio en desconocimiento de la máxima prevista en el artículo 19 de la Constitución nacional" (CNCCorr., sala IV, 24/02/1999).

XVI. LA SUBSIDIARIEDAD DEL DELITO

Sostener que el delito de enriquecimiento posee naturaleza subsidiaria implica lo siguiente:

a) Que existe la posibilidad de que, presentado el supuesto de hecho de un ilícito incremento patrimonial significativo vinculado a la razón del cargo, dos o más figuras penales puedan dar cuenta de su tipicidad en situación de concurso aparente.

b) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad de que el supuesto de enriquecimiento sea absorbido en su tipicidad objetiva y subjetiva por otras figuras penales que también poseen como componente un relativo o significativo incremento del patrimonio del agente (por ejemplo, un peculado doloso, el provecho obtenido en una colusión defraudatoria, una concusión o un cobro ilegal de remuneraciones [exacción ilegal], etc.).

c) Que la subsidiariedad descarta la posibilidad de aplicar alternativamente (o uno u otro) los tipos penales funcionariales, dado que lo subsidiario es excluyente de lo principal o de lo alternativo.

d) Que el tipo de enriquecimiento no posee naturaleza autónoma, en tanto tipo penal, vale decir, que carece, en rigor, de una conducta típica propia, operando con carácter residual, esto es, con efecto de recojo de aspectos de tipicidad de otros ilícitos, sin que pueda confundirse con estos[445].

(445) Véase el argumento de ABANTO VÁSQUEZ (*Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 1ª edición, cit., p. 485), quien desdobla la naturaleza del delito en autónoma y subsidiaria, dependiendo de cuál sea la fuente ilícita de origen del incremento significativo:

e) Generalmente, la subsidiariedad posee descripción legal expresa, cuando la norma así lo establece[446], pero en otros casos la relación de subsidiariedad se halla implícita en la configuración normativo-descriptiva del tipo penal, tal como sucede con el delito de abuso genérico de autoridad que es una figura penal subsidiaria con relación a los tipos penales especiales de abuso (artículo 376 del Código Penal con relación a los artículos 378, 379, 380, 382, etc.). En el contexto del Derecho Penal comparado, para describir la relación de subsidiariedad expresa, usualmente se han acudido a las frases «siempre que el hecho no constituya otro delito» (Colombia), «sin incurrir en alguno de los delitos de este capítulo» (Puerto Rico), «sin incurrir en un delito más severamente castigado» (Costa Rica y Panamá).

f) El delito de enriquecimiento ilícito mantiene una relación subsidiaria con los tipos penales de concusión, exacción ilegal, colusión defraudatoria, peculado doloso y extensivo, cohecho pasivo genérico y específico de aceptación de donativos, tráfico de influencias, entre otros, no pudiendo concursar real ni idealmente con tales figuras delictivas, lo que significa que la imputación por enriquecimiento ilícito cancela la establecida por los demás delitos para un mismo supuesto de hecho, lo que deberá establecerse en la calificación del supuesto de hecho o en los momentos posteriores del desenvolvimiento del proceso.

El criterio de subsidiariedad[447], admitido preliminarmente para el delito de enriquecimiento ilícito, ofrece la ventaja de que no descarta la

---

en el primer caso, cuando el incremento patrimonial no tiene nada que ver con la comisión de delitos, pero implican la infracción de deberes funcionales o cuando tiene que ver con delitos que ya han prescrito; en el segundo caso, cuando el enriquecimiento provenga de otros delitos perseguibles penalmente. Esta tesis, pese a su originalidad, mantiene algunas dificultades para la interpretación, en cuanto a los límites de las infracciones funcionales capaces de revestirse de relevancia penal por enriquecimiento ilícito y por el tema de la eficacia de la prescripción, que entre otros aspectos, tornan debatible la tesis de ABANTO. Véase, PÉREZ LÓPEZ, Jorge: "El delito de enriquecimiento ilícito: tratamiento legal y doctrinal", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 17, noviembre 2010, Gaceta Jurídica, Lima, p. 180 y ss. En este trabajo, el autor analiza, entre varios temas, el de la subsidiariedad del enriquecimiento ilícito.

(446) Por citar un ejemplo, el artículo 438 del Código Penal, referido al delito de falsedad genérica: "*El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los capítulos precedentes, comete falsedad* (...)". Aquí la norma penal imprime taxativamente el sello de subsidiariedad al delito.

(447) Asume también esta tesis con intensa defensa HUGO ÁLVAREZ: «El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal», cit., pp. 60 a 63. Pormenorizadamente sobre la tesis de la subsidiariedad véase NAKAZAKI SERVIGÓN: «Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria», cit., p. 190 y ss. SOTOMAYOR HERRERA, Jimmy Manuel nos brinda una rápida lectura de la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el tema de

posibilidad de reorientar la calificación legal, si de los medios probatorios actuados resulta aplicable al supuesto de hecho un tipo funcional especial y no el artículo 401, efecto remisivo que racionalizará la labor persecutoria del delito por parte del Ministerio Público.

Las críticas formuladas a la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento ilícito con relación a los demás delitos funcionales –no pudiendo hablarse aquí de subsidiariedad con referencia a delitos comunes, dada la naturaleza especial del tipo penal 401– apuntan a deslegitimarla desde dos argumentos[448]: **a)** *la existencia de un concurso ideal y no de uno aparente*. Conjetura sobre la cual ya se ha puesto de relieve sus inconsistencias[449]; y **b)** *el tipo penal subsidiario siempre tiene una pena menor que los tipos especiales, es decir, posee menor gravedad.* Se acude aquí a una razón que no toma en cuenta que el Derecho Penal tiene la característica de que comúnmente recrea conceptos y los potencia en función del ámbito de protección de la norma, de modo tal que un criterio cuantitativo, válido posiblemente en esferas extrapenales no puede invalidar una construcción que otorga coherencia a la sistemática penal especial.

La función que cumple la subsidiariedad está relacionada con la necesidad político-criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y, por lo mismo, susceptibles de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo-comprensivas de los tipos penales básicos o principales. Desde esta perspectiva de análisis, la subsidiariedad no siempre y necesariamente (lo que de por sí es criticable) va a guardar concordancia plena con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formulación se acuda, por lo general, a cláusulas abiertas de tipicidad que pueden propiciar desbordes criminalizadores.

XVII. AGRAVANTE POR LA CALIDAD Y POSICIONAMIENTO DEL AGENTE

La Ley Nº 28355 incorporó al artículo 400 del Código Penal una circunstancia que agrava severamente la pena al funcionario público que «haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado o si está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la

---

la subsidiariedad –tesis igualmente compartida por él– en su trabajo "¿Es el testaferro cómplice del enriquecimiento ilícito?", en *Gaceta Penal,* Tomo 120, junio 2019, Lima, Gaceta Jurídica, pp. 184-185).

(448) Véase al respecto Gálvez Villegas: *Delito de enriquecimiento ilícito*, cit., p. 198 y ss.

(449) Véase *supra*, p. 349 y ss.

acusación constitucional». Mediante esta circunstancia, el legislador se ha dirigido a un sector reducido y privilegiado de funcionarios públicos que concentran poder burocrático, funcional y político, y deciden en las altas esferas de la Administración Pública, y, por lo mismo, se hallan ubicados en posición de más intenso ataque desde dentro al bien jurídico específico correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En este punto, lamentablemente el Congreso, al dar la Ley N° 28355, no tomó en cuenta otras circunstancias de agravación, tales como la de tomar el referente de las cincuenta unidades impositivas tributarias a efectos de incrementar la pena, ni el de regular expresamente el testaferrato.

El elemento normativo **"alta dirección"** que forma parte de la agravante del tipo penal de enriquecimiento ilícito es objeto de estimación por parte de la sentencia de apelación, en el Exp. N° 00008-2014, de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de corrupción de funcionarios (Colegiado A), con la siguiente lectura: "El elemento valorativo 'alta dirección' se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales", con lo que la frase "alta dirección" es entendida en sentido orgánico, no en su dimensión de estatus funcional, lo que hace del Alcalde de un centro poblado tan igual que el de una ciudad capital. Un tema por visto muy debatible.

XVIII. PENALIDAD

El Código Penal peruano es uno de los más severos en Latinoamérica en sancionar penalmente el delito de enriquecimiento ilícito. No obstante, su existencia legal, que data de junio de 1981, fue en muy raras ocasiones objeto de aplicación punitiva, excepción hecha de los procesos penales iniciados contra funcionarios del fenecido régimen político presidido por el presidente Fujimori, presencia que ha decaído en estos tiempos ante el auge de otros delitos de mayor practicidad para el Ministerio Público tales como las figuras de lavado de activos y el proceso de extinción de dominio, caracterizados por su extrema labilidad del lado de las garantías y derechos para el procesado.

La penalidad es doble de cinco a diez años de la privación de la libertad (pena efectiva) e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 8 para el tipo básico, y de 10 a 15 años de pena privativa de libertad e inhabilitación. En ambos casos con pena de días-multa.

XIX. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad y causales de justificación

- Por inexistencia del dolo.
- Por enriquecimientos socialmente ajustados (producto de sus emolumentos, premios, servicios profesionales, etc.), por actos que suponen irregularidad administrativa(450).
- Por incrementos deleznables.
- Por hechos fortuitos o herencias.
- Por justificación contable o financiera.

XX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)*

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 268 (2): *Será suprimido con reclusión o prisión de 2 a 6 años e inhabilitación absoluta de 3 a 10 años, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público. La prueba que ofrezca de su enriquecimiento se conservará secreta, a su pedido, y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto.*

Se entenderá que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se hubiere incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años».

* Este tipo penal fue anexado al Código argentino por Ley N° 16.648, de fecha 30 de diciembre de 1964, que incorporó el Capítulo IX «Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados».

(450) Así, la ejecutoria suprema del 06/12/2002, Exp. N° 3071-2001-Puno, de conformidad con el dictamen fiscal supremo, consideró que la percepción de doble remuneración implica la infracción de una norma de carácter administrativo, mas no delito de enriquecimiento ilícito (en SALAZAR SÁNCHEZ: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 538).

2. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980, texto actualizado por Ley N° 190 de 1995), artículo 148: *El servidor público que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento o interdicción de derechos por el mismo término de la pena principal.*

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial justificado».

3. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 412*: El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (10) años*».

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 412 (reformado por Ley N° 1474/2011): *El servidor público o quien haya desempeñado funciones públicas, que durante su vinculación con la administración o dentro de los (5) años posteriores a su desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, incurrirá, siempre que la conducta no constituya otro delito, en prisión de nueve (9) a quince (15) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50,000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses.*

4. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 351: *El servidor público que, personalmente o por interpuesta persona, incremente indebidamente su patrimonio respecto a los ingresos legítimos obtenidos durante el ejercicio de su cargo y hasta cinco años después de haber cesado en el cargo, y cuya procedencia lícita no pueda justificar será sancionado con prisión de tres a seis años.*

La pena será de seis a doce años de prisión si lo injustificadamente obtenido supera la suma de cien mil balboas (B/ 100,000).

La misma sanción se aplicará a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

Para efectos de esta disposición, se entenderá que hay enriquecimiento injustificado, no solo cuando el patrimonio se hubiere aumentado con dinero, cosas o bienes, respecto a sus ingresos legítimos, sino también cuando se hubieran cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban».

5. Costa Rica (1971)

«Código Penal de Costa Rica (1971), artículo 344: *Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:*

(...)

- *No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público».*

6. Venezuela (ley del 31 de marzo de 1964)

«Ley del 31 de marzo de 1964 de Venezuela, artículo 25: *El enriquecimiento ilícito tiene lugar cuando el funcionario o empleado público, durante el desempeño de su cargo o dentro del año siguiente a su cesantía se encontrare en posesión de bienes, sea por sí o por interpuesta persona, que sobrepasan notoriamente sus posibilidades económicas.*

Para la determinación del enriquecimiento ilícito del funcionario o empleado público se tomarán en cuenta: 1) sus condiciones personales; 2) la cuantía de los bienes objeto del enriquecimiento en relación con el importe de sus ingresos y de sus gastos ordinarios; 3) la ejecución de actos que revelen falta de probidad en el desempeño del cargo y que tengan relación adecuada con el enriquecimiento».

7. Puerto Rico (2012)

«Código Penal de Puerto Rico, artículo 250.- Enriquecimiento ilícito: *Todo funcionario o empleado público, ex-funcionario o ex-empleado público que injustificadamente haya enriquecido su patrimonio o el de un*

tercero, cuando tal enriquecimiento haya ocurrido con posterioridad a la asunción del cargo, empleo o encomienda y hasta cinco (5) años de haber concluido su desempeño, será sancionado con pena de reclusión por un término fijo de ocho (8) años.

Se entiende que hubo enriquecimiento no solo cuando el patrimonio se haya incrementado con dinero o bienes, sino también cuando se hayan cancelado o extinguido obligaciones que lo afectaban.

El tercero beneficiado también incurrirá en este delito».

8. México (1922)

«Código Penal de México (1922), artículo 275*: Comete el delito de enriquecimiento ilícito el servidor público que utilice su puesto, cargo o comisión para incrementar su patrimonio sin comprobar su legítima procedencia.*

Para determinar el enriquecimiento del servidor público, se tomarán en cuenta los bienes a su nombre y aquellos respecto de los cuales se conduzca como dueño, además de los que a este respecto disponga la legislación sobre responsabilidad de los servidores públicos.

Al servidor público que cometa el delito de enriquecimiento ilícito, se le impondrán las siguientes sanciones:

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito no exceda del equivalente a cinco mil veces el salario mínimo diario vigente en el lugar y el momento en que se comete el delito se impondrá de seis meses a cinco años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

Cuando el monto a que ascienda el enriquecimiento ilícito exceda el equivalente a cinco mil veces el salario mínimo antes anotado, se impondrán de dos a doce años de prisión y de trescientos a seiscientos días multa».

9. Cuba (1988)

«Código Penal de Cuba, artículo 150:

1. *La autoridad o funcionario que, directamente o por persona intermedia, realiza gastos o aumenta su patrimonio o el de un tercero en cuantía no proporcional a sus ingresos legales, sin justificar la licitud de los medios empleados para realizar gastos u obtener tal aumento patrimonial, incurre en sanción de privación de libertad de tres a ocho años.*

2. *Si el hecho se comete por persona no comprendida en el apartado que antecede, la sanción es de privación de libertad de dos a cinco años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.*

3. *A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.*

4. *Las sanciones previstas en este artículo se imponen siempre que el hecho no constituya un delito de mayor entidad».*

10. Ecuador (2014)

«C. O. I. Penal de Ecuador, artículo 279: *Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad pública en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.*

Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años».

11. Guatemala (1973)

«Código Penal de Guatemala, artículo 448 BIS: *Comete delito de enriquecimiento ilícito, el funcionario, empleado público o quien ejerza funciones públicas, y hasta cinco años después de haber cesado en el ejercicio de la función pública, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado del ejercicio del cargo o de cualquier ingreso y que no pueda justificar su procedencia ilícita.*

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años, multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales e inhabilitación especial».

«Código Penal de Guatemala, artículo 448 TER: *Comete delito de enriquecimiento ilícito de particulares, quien sin ser funcionario o empleado público, administre, ejecute o maneje recursos públicos o bienes del Estado, hasta cinco años después de haber cesado en dicha función, que obtenga para sí mismo o para cualquier persona un beneficio patrimonial, un incremento en su nivel de gastos, cancelación de deudas u obligaciones que no correspondan al que haya podido obtener derivado de su administración, ejecución o manejo de otros ingresos lícitos.*

El responsable de este delito será sancionado con pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil Quetzales.

En caso que el responsable de este delito sea una persona jurídica, para la imposición de la pena se aplicará lo previsto en el artículo 38 del Código Penal».

12. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996)

«Convención Interamericana contra la Corrupción, artículo IX.- Enriquecimiento ilícito: *Con sujeción a su construcción y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho, adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito el incremento del patrimonio de un funcionario con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.*

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan».

13. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, 2003)

«Artículo 20: *Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico cada Estado Parte considerará la*

posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él».

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. DELITOS DE COHECHO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ACUERDO DE VOLUNTADES

«El delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario (sujeto activo) acepta o recibe un donativo o ventaja para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación de dinero y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado por el funcionario público, el mismo que está dentro de su competencia funcional; así, solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo necesario el cumplimiento del pago o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos, y no es necesario que se produzca el perjuicio patrimonial al Estado».

(Ejecutoria suprema del 7 de marzo de 2008, R. N. N° 1406-2007-Callao, Sala Penal Permanente)

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

«El bien jurídico protegido en este título es el correcto funcionamiento de la Administración Pública; es decir, se intenta proteger fundamentalmente la objetividad que debe presidir la actuación administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales. Dentro del cohecho pasivo puede distinguirse el propio del impropio. El cohecho pasivo propio castiga a la autoridad o funcionario que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito. Es necesario destacar que el acto no tiene por qué, ser necesariamente, constitutivo de delito contra la Administración Pública, basta que sea una actividad delictiva realizada en el ejercicio del cargo. La consumación se produce con la mera solicitud, de una actuación administrativa que sea contraria al ordenamiento

jurídico, incluyéndose en esa denominación los ilícitos administrativos y civiles en su más amplio concepto».

(Sentencia del 15 de octubre de 2010, del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializada en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 00063-2011)

3. PRECISIONES SOBRE EL MEDIO CORRUPTOR: NECESIDAD QUE EL DONATIVO SE HALLE VINCULADO CON UN ACTO FUNCIONAL

«Para la configuración del delito de cohecho pasivo propio imputado a los encausados se requiere no solo una entrega concreta del dinero a un funcionario público, sino que el dinero se vincule causalmente con una solicitud o aceptación indebida para realizar un acto funcional ilegal –infracción de deberes funcionales–; en consecuencia, debe probarse que el agente solicitó o aceptó dinero y que la dádiva persiga un acto funcional indebido, supuestos típicos que no se dan en el presente caso, al no existir probanza alguna que compruebe aquello, por lo que al no haberse destruido la presunción de inocencia en este extremo es procedente absolverlos».

(Ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2008, R. N. N° 4082-2006-Lima)

4. DONATIVO-PROMESA Y VENTAJA: PRECISIONES

«El medio corruptor se ha definido como donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. El donativo es sinónimo de dádiva que tiene el poder de mover o motivar la voluntad y los actos del funcionario o servidor hacia una conducta deseada y que resulta provechosa para el que otorga o promete. La promesa es el ofrecimiento hecho al funcionario o servidor de efectuar la entrega del donativo o ventaja en un futuro convenido, que reúne las características de seriedad y posibilidad. La ventaja juega un papel subsidiario complementario, pues cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente».

(Ejecutoria suprema del 3 de agosto de 2016, R. N. N° 1423-2015-Apurímac, Sala Penal Permanente)

5. COHECHO PASIVO PROPIO: DELITO DOLOSO

«El tipo penal de cohecho pasivo en todas sus modalidades de comportamiento ilícito es necesariamente doloso, lo que supone que el agente público interviene haciendo o no haciendo un acto oficial en violación de sus obligaciones del cargo o función, bajo los efectos corruptores del donativo, promesa o ventaja, con voluntad y consciencia. Las modalidades que consisten en solicitar y condicionar requieren de dolo directo».

(Sentencia del 21 de julio de 2009, Exp. N° 37-2006, de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima)

6. COHECHO: DELITO PLURISUBJETIVO Y POSICIÓN PROCESAL DEL TERCERO AGENTE CORRUPTOR

«El delito de cohecho pasivo propio (artículo 393 del Código Penal), en sus modalidades delictivas, de aceptación o recibo de medio corruptor, constituye un ilícito penal marcadamente plurisubjetivo o de intervención necesaria por parte de un tercero cualquiera (particular o funcionario), en tanto que resulta indispensable que dicho tercero haya tenido la iniciativa del acto de corrupción vía ofrecimiento de un medio corruptor al servidor público para que vulnere sus obligaciones funcionales, lo cual hace pasible al tercero de ser sancionado por cohecho activo genérico (artículo 397 del CP); sin embargo, ello no implica que para la configuración típica del delito de cohecho pasivo propio el mencionado tercero deba ser necesariamente procesado y juzgado conjuntamente con el funcionario o servidor presunto autor de cohecho pasivo propio. Para el encausamiento de este, en lo que respecta al tercero *extraneus*, es suficiente con que se aluda a él en la imputación fáctica (acusación) y se describa el acto de corrupción que promovió y en el que intervino. Si en un proceso penal en el que se ha comprendido solo al presunto autor de delito de cohecho pasivo, que habría recibido un medio corruptor, mas no al *extraneus* que se lo habría ofrecido; si en dicha causa, luego del juicio oral y la respectiva valoración probatoria fundada en la sana crítica, se determina que el funcionario o servidor público es responsable del delito, correspondería –y es perfectamente viable– que, al expedir la respectiva sentencia, no solo se declare la responsabilidad penal del funcionario o servidor público por delito de cohecho pasivo, sino también que se ordene la remisión de copias al Ministerio Público, a efectos de que se amplíe la investigación o se inicie la indagación respecto al tercero por el delito de cohecho activo».

(Ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2017, R. N. N° 512-2017- Áncash, Sala Penal Permanente)

7. ACTOS TÍPICOS DE COHECHO PASIVO PROPIO

«Al haber recibido, los funcionarios judiciales, dinero para favorecer a un litigante, tal hecho constituye delito de corrupción de funcionarios. Se imputa a los procesados en sus condiciones de juez de paz y secretario judicial haber recibido 300 y 180 nuevos soles cada uno para favorecer al litigante en un juicio por desahucio seguido en su contra».

(Ejecutoria suprema del 11 de noviembre de 1997, Exp. N° 2238-96-Lambayeque)

«Se debe tener presente que el encausado en juicio oral ha admitido que el chofer del ómnibus había infringido una regla de tránsito, esto es, el de recoger pasajeros fuera del paradero y en mitad de la pista; sin embargo, abdicando de sus obligaciones no impuso la papeleta correspondiente; circunstancia que hace más creíble la versión del coronel de la Policía Nacional, en el sentido de que observó que este acusado recibía una prebenda para no sancionar al infractor, no siendo, por tanto, creíble la versión dada por el encausado en el sentido de que dicho funcionario

policial haya actuado en abuso de autoridad, dado que en autos no existe un solo elemento que haga presumir la posible animosidad contra dicho acusado».

(Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2001, Exp. N° 1638-2000-Lima)

«Fluye de autos que se le imputa al procesado, en su condición de servidor del Poder Judicial, haberle solicitado la suma de 200 nuevos soles a la agraviada, a fin de ubicar un expediente civil sobre divorcio; es así que luego de realizar las averiguaciones y determinar que el expediente se encontraba en el 15° Juzgado Civil, al acercarse la agraviada a secretaria del juzgado, fue atendida por el procesado quien se comprometió a ubicar el expediente previo pago de la indicada suma, por lo que esta procedió a formular la denuncia respectiva ante la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. Analizando lo actuado, se tiene que con las pruebas actuadas se ha acreditado la responsabilidad penal del procesado en el delito de corrupción de funcionarios, como son: el atestado policial, la preventiva de la agraviada, y la transcripción del *cassette* que contiene la conversación entre la agraviada y el procesado».

(Ejecutoria suprema del 11 de setiembre de 2000, R. N. N° 707-2000-Lima)

«Se le imputa al procesado, en su calidad de efectivo policial, haber aceptado como donativo siete pares de botas de jefe por parte del condenado, a fin de que le dieran protección y pudiera pasar sin ningún contratiempo el control de la zona de Pedro Ruiz, toda vez que la mercadería que llevaba era hurtada; las imputaciones contra el imputado, en el sentido de que acompañó en todo momento a su compañero de armas, quien fuera el que recibió el donativo, siendo partícipe del acto cometido, no ha[n] sido debidamente acreditad[as], máxime si la menor y el condenado levantaron los cargos inicialmente imputados».

(Ejecutoria suprema del 9 de mayo de 1997, Exp. N° 4663-95-Lambayeque)

«Al haberse determinado que el abogado procesado, que laboraba en el Jurado Nacional de Elecciones, propuso a la alcaldesa, a efectos de conseguir una resolución favorable, un acuerdo ilícito consistente en efectuar la parte expositiva de la resolución a cambio de que contrate a su estudio como asesor jurídico de la municipalidad, así como le otorgue cuatro puestos de trabajo, existen elementos de cargo que no han sido debidamente merituados por el colegiado; fundamentos por los cuales declararon nula la sentencia».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998 [consulta], Exp. N° 1061-1997-Lima)

8. CONCURSO DE COHECHO Y CONCUSIÓN

«El hecho de haber los efectivos policiales intimidado al agraviado y a sus familiares, solicitándole dinero a cambio de archivar la denuncia por delito de receptación, acredita la materialidad de los delitos de concusión y corrupción de funcionarios. Al capitán PNP y al suboficial se les encomendó una investigación por delito de receptación, situación de la cual se aprovechan para intimidar al agraviado y sus familiares solicitándoles dinero a cambio de archivar la

denuncia, llegando a pactar en la suma de 700 nuevos soles; que ante la negativa de los familiares a entregar el dinero a los efectivos policiales, estos vuelven a citar al agraviado para una ampliación de manifestación, siendo que en tales circunstancias los familiares procedieron a denunciar el hecho a la Inspectoría de la Policía Nacional, realizándose con participación del Ministerio Público un operativo donde se logró detener al suboficial en circunstancias que recibía un sobre de papel conteniendo la suma de 500 nuevos soles».

(Ejecutoria suprema del 24 de noviembre de 1997, Exp. N° 660-1997-Lambayeque)

9. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: SENTENCIA NULA

«Al no precisarse la forma y circunstancia en que se perpetró el delito de corrupción de funcionarios ni la prueba que acredite su comisión, mal puede el colegiado concluir por una condena por dicho ilícito; declararon nula la sentencia, mandaron que se realice nuevo juicio oral».

(Ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1998, Exp. N° 4250-97-Tumbes)

10. COHECHO PASIVO IMPROPIO: BIEN JURÍDICO Y NATURALEZA DEL DELITO

«El delito de cohecho pasivo impropio se configura cuando el agente –funcionario o servidor público– solicita a otro una promesa o cualquier otra ventaja indebida para practicar un acto propio de su cargo, siendo por ello un delito especial, cuyo bien jurídico tutelado –en palabras del profesor Manuel Abanto Vásquez– consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública; entendiéndose por solicitar el acto de pedir, pretender, requerir una entrega o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario o servidor público a alguien indeterminado con quien se halla vinculado por un acto de oficio; no siendo necesario para que se configure el delito que el receptor del delito acceda o entregue lo solicitado, que como se ha dicho puede ser una promesa, la misma que consiste en un donativo o ventaja que se hará efectiva en un futuro determinado, haciéndolo con la finalidad de practicar un acto propio de su cargo y sin infringir o menoscabar sus funciones; a su vez, el profesor Fidel Rojas Vargas considera que en el comportamiento de solicitar el delito se consuma, con la petición (delito de actividad) dirigida al sujeto que proveerá el donativo, la promesa o la ventaja, por lo que esta modalidad no admite la tentativa».

(Ejecutoria suprema del 29 de enero de 2010, R. N. N° 4130-2008-Santa)

11. SECRETARIO DE JUZGADO QUE SOLICITA DINERO PARA CUMPLIR CON SUS ACTOS FUNCIONALES

«Que practicado el operativo respectivo por la Odecma, en presencia del representante del Ministerio Público, a 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, y si bien estos hechos los ha negado en fase de juicio oral, ello obedece a un simple argumento de irresponsabilidad que resulta irrelevante frente a las luces existentes e irrefutables, que confirman el hecho que el encausado, secretario de juzgado de familia, había solicitado cien dólares americanos para elevar la causa –tenencia de menor– a la Sala Superior».

(Ejecutoria suprema del 18 de abril de 2002, Exp. N° 751-2001-Lima)

12. REGIDORES QUE SOLICITAN A ALCALDE DINERO PARA VOTAR A FAVOR DE CONFORMACIÓN DEL COMITÉ DE VASO DE LECHE

«Se imputa al encausado, regidor de la municipalidad, haber solicitado ilegalmente al alcalde la entrega de 20 000 soles a fin de que su persona y otros regidores voten a favor de la conformación del Comité del Vaso de Leche, por lo que, ante dicho pedido, el alcalde denunció los hechos, montándose un operativo a cargo de personal policial y del Ministerio Público, donde al efectuar el correspondiente registro personal al regidor se encontró en su poder la suma de dinero solicitada, por lo que fue puesto a disposición de las autoridades correspondientes. La exigencia de la probanza del momento exacto en que se realizó este requerimiento ilegal no es, en sí misma, el elemento esencial a dilucidar en el presente juicio, puesto que el comportamiento sujeto a reproche es totalmente verificable con la aceptación del dinero que le fuera incautado, lo que a todas luces prueba que previamente existió una solicitud económica a fin de aprobar la propuesta del alcalde, función que por su condición de regidor era propia del cargo».

(Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 2011, R. N. N° 1781-2010-Lima Norte)

13. COHECHO PASIVO IMPROPIO SUBSECUENTE

«La actual y reformada redacción del cohecho pasivo impropio, además de desdoblarse en dos modalidades, mediante aceptación y solicitud directa o indirecta, incorpora el cohecho pasivo subsecuente (o como consecuencia del ya realizado), que no registraba el diseño original de 1991, se amplía el acto propio del cargo para incluir el acto de empleo y se utiliza al igual que en el cohecho pasivo propio, la expresión directa o indirectamente, con lo cual expresamente se trata de cubrir todas las posibilidades de comisión».

(Ejecutoria suprema del 4 de mayo de 2009, R. N. N° 05-02-2008-Lima)

14. COBROS ATÍPICOS: JUECES DE PAZ

«La justicia es gratuita a tenor de lo previsto en el inciso 16 artículo 139 de la Constitución Política, 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 si bien está acreditado que el acusado cobró cuando ejercía el cargo de juez de paz 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 pasivo impropio».

(Ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1998, Exp. N° 4250-97-Tumbes)

15. COHECHO PASIVO ESPECÍFICO: BIEN JURÍDICO Y PRECISIONES DE TIPICIDAD

«El delito previsto en el artículo 395 del Código Penal es un delito de cohecho pasivo de carácter específico, destinado a preservar la regularidad, imparcialidad y objetividad en la impartición de justicia, y como tal el tipo penal prevé una sanción especialmente agravada atento a la singular trascendencia de jueces y fiscales en la institucionalidad de un país. Uno de los dos comportamientos típicos que prevé esta figura penal consiste en solicitar un donativo, promesa u otra ventaja, que en el caso de autos se plasma en la solicitud de dinero con la finalidad de influir en la decisión de un asunto que está sometido a su conocimiento, que, en el caso específico, se refiere a dictaminar favorablemente en unos incidentes y, luego, en el principal. Se trata en este caso de un delito de simple actividad que se consuma con la mera solicitud de donativo, promesa o cualquier otra ventaja».

(Sentencia del 20 de julio de 2004 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, Exp. N° 26-01-A-V)

16. TIPICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL DELITO DE COHECHO PASIVO ESPECÍFICO

«En cuanto a la imputación objetiva, dentro de la estructura de este tipo penal, se aprecian, entre otros elementos normativos, los siguientes: *sujeto activo y autoría.* Se exige al sujeto activo una cualidad especial, el autor no puede ser cualquier persona, sino aquellos que ostentan el cargo público y cumplen el rol funcional específico. Se trata de fiscales de todas las instancias que intervienen en la decisión de las investigaciones fiscales y participan en los procesos judiciales. *Solicitar y/o recibir directa o indirectamente, donativo y/o cualquier ventaja.* El tipo penal exige que el agente público *solicite* al abogado o parte procesal o a sus familiares de forma directa o indirecta, terceros, intermediarios, etc., los medios corruptores de donativo y/o cualquier ventaja como dinero, bienes, alhajas, favores sexuales. Pero también se exige un vínculo normativo que está dirigido a influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento y competencia fiscal. En la modalidad de *recibir* se exigen los mismos presupuestos, pero no se establece la recepción de modo indirecto. *Con el fin de influir en la decisión.* Se debe interpretar que la influencia negativa del fiscal sobre su propia decisión final o futura (disposiciones de archivo, requerimientos, etc.) y la determinación objetiva en su

decisión consiste en adecuar sus actos a favor de una parte y en perjuicio de la otra. El influjo en el contenido de la decisión debe ser real (por ejemplo, no tomar en cuenta los actos de investigación relevantes penalmente para archivar una denuncia o formalizarla, no notificar a las partes procesales para la realización de la diligencia, etc.). *Asunto sometido a su conocimiento o competencia.* Con relación al caso que nos ocupa, el fiscal tiene asuntos o actos procesales 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 lo que respecta a la imputación subjetiva, el cohecho pasivo específico precisa de dolo directo. El sujeto tiene que ser consciente del carácter y finalidad de la solicitud y/o aceptación del donativo, promesa o cualquier ventaja y querer actuar a pesar de ello. El elemento subjetivo *a sabiendas*, exige un ánimo deliberado de faltar o quebrantar la imparcialidad, transparencia y objetividad, esto es, el fiscal tiene el deber de conocer que el solicitar y/o aceptar donativo, y/o ventaja económica a las partes procesales o sus familiares, para influir en una decisión fiscal, es consecuencia del conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo penal, con lo cual quebranta sus roles funcionariales conferidos por mandato constitucional y legal».

(Ejecutoria suprema del 9 de mayo de 2019, Recurso de Apelación N° 5-2017-Huánuco, Sala Penal Transitoria)

17. BENEFICIO SOLICITADO POR JUEZ: PRECISIONES SOBRE SUTILEZAS Y SOLICITUD IMPLÍCITA EN MATERIA DE FAVORES SEXUALES. IMPORTANCIA DEL PERITAJE LINGÜÍSTICO

«No existe mayor cuestionamiento en que el favor sexual se encuentra dentro de una de las formas de ventaja o beneficio al que se refiere el delito, sino a la conclusión a la que arriba la Sala de juzgamiento, respecto a que la solicitud de favor sexual fue sutil. (...) Como ya se ha sostenido, la testigo ha señalado expresamente que nunca existió pedido sexual directo por parte del procesado; por tanto, esta conclusión de una solicitud de favor sexual se infiere únicamente de lo sostenido por la denunciante, asumida por los integrantes de la Sala de juzgamiento, quienes recurriendo, según ellos, a las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia, la invitación del recurrente a la denunciante para reunirse fuera del local del juzgado, consumir licor en un video pub, los tocamientos de mano y presuntos besos en la mejilla no eran más que una solicitud encubierta de un favor sexual a cambio de favorecerla en el proceso judicial por tenencia. Conclusión última que, por cierto, también fue negada por la denunciante, pues igualmente ha reconocido en juicio oral que el encausado nunca le ofreció directamente ayuda o favorecerla en su proceso judicial, inferencia que la sala de juzgamiento realiza y en ella sustenta su pronunciamiento de condena. (...) Como se podrá advertir, el elemento constitutivo "solicitar indirectamente", ha sido equiparado por el Tribunal de juzgamiento a aquella solicitud implícita, que es lo que se da a entender, lo que

debe deducirse de otras frases y que lo califica como sutiles manifestaciones de voluntad no expresamente declaradas por el sujeto activo, incluso mediante lenguaje no verbal, como es de inferirse en el presente caso (...), debiendo inferirse que fue ella quien dedujo ante el trato que le daba el procesado que a su criterio, el siguiente paso era una propuesta para concurrir a un hotel, del que también debe inferirse, para sostener relaciones sexuales. Observamos así una peligrosa deducción o inferencia, que ni siquiera esta sustentad en prueba indiciaria –hecho cierto–, sino en conjeturase hipótesis de parte del Tribunal de juzgamiento. El término sutil o sutileza en la conducta significa un dicho o idea aguda e ingeniosa, pero que generalmente es inexacta o no se corresponde con la realidad, es un concepto falto de profundidad o exactitud o poco perceptible, por lo tanto, contrariamente al uso y entendimiento que le otorga la sala de juzgamiento, resulta inapropiado para equipararlo a una solicitud indirecta a la que hace referencia el tipo penal de cohecho pasivo específico. De esta manera, los actos sutiles no pueden reemplazar este elemento del tipo penal, por su falta de convicción e infalibilidad, menos pueden ser sustento de una condena. (...) De otro lado, se ha sostenido que las palabras o frases del procesado tenían contenido implícito de un claro y evidente pedido sexual; sin embargo, en autos se ha incorporado un peritaje lingüístico sobre la transcripción del mencionado audio, donde el perito que la elabora discierne que los términos utilizados de "cachorrita", "trátame de tú", "si no agarro, me visto y me voy", deben analizarse en el contexto de la conversación y no aisladamente para saber si tienen contenido sexual o no. Añade también que el término cachorrita no es necesariamente de índole sexual, pues dado el contexto de conversación está referido a "no conoces nada, criatura, tienes que aprender". Lo mismo sucede con la frase "si no agarro, me visto y me voy", el cual [sic] califica como un modismo, una manera de decir si no me haces caso me voy, pero relacionada con la frase inmediata "Trátame de tu". Lo que más llama la atención no solo es el hecho que la sala de juzgamiento no haya otorgado ningún valor probatorio a esta pericia ni mucho menos a la declaración del perito que la elaboró cuando compareció a juicio oral o por lo menos, un pronunciamiento en donde se especifiquen las razones porque carecía de valor de prueba, esta situación obviamente constituye una afectación a la garantía de la debida motivación de las resoluciones judiciales. (...) No existe convicción probatoria suficiente, resultando inaceptable que un pronunciamiento de condena se sustente en supuestas actitudes sutiles, tanto más cuando la denunciante bien pudo rechazar las propuestas de asistir a reuniones con el procesado»

(Ejecutoria suprema, Apelación N° 14-2015 NCPP, del 10 de mayo de 2016, Sala Penal Permanente)

18. NO HAY COMPLICIDAD SI ASISTENTE DE FISCAL DESCONOCE EL ILÍCITO

«La imputación del señor fiscal se sustenta en que el procesado fue comisionado por el entonces fiscal provincial a devolver, en un sobre manila, el dinero que le entregó la denunciante, en la oficina del abogado. El encausado aceptó haber

sido comisionado por el entonces fiscal provincial, a llevar el sobre manila al estudio jurídico del abogado acusado; sin embargo, dicho sobre estaba cerrado, por lo que, según parece, el comisionado no podía tener conocimiento a cabalidad de su contenido; por ello no pudo colaborar dolosamente con el fiscal como cómplice secundario del ilícito, simplemente se limitó a cumplir una orden de su superior. Todo lo cual lleva a concluir que los medios probatorios incorporados en el proceso son escasos e insuficientes, para establecer que el acusado fuera cómplice del delito materia de juzgamiento, denotándose insuficiencia demostrativa que lo favorece; y estando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, este Supremo Tribunal considera que la presunción de inocencia que lo cubre se mantiene incólume».

(Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2016, R. N. N° 454-2014-Amazonas)

19. COHECHO ESPECÍFICO DE PERITO

«El segundo párrafo del artículo 395 del CP propende una extensión de los posibles sujetos activos del delito de cohecho pasivo específico, comprendiendo también a los peritos y árbitros. En el primer caso, referido a los peritos, lo que interesa destacar es que este debe asumir tal calidad de manera oficial y, en dicha virtud, su aporte es valioso para la norma penal, pues lo que se trata de asegurar es la vigencia del principio de imparcialidad. Aun cuando no decidan directamente el caso sometido a controversia judicial o administrativa, por ser de competencia de un magistrado, fiscal, o autoridad competente, su informe debe estar sometido al principio de objetividad. El tipo penal en comentario se consuma con el acto de pedir, pretender, requerir una entrega ventaja, beneficio o promesa de entrega ilícita, que hace el funcionario público a alguien determinado, con quien se halla por un acto propio de su oficio. Por lo tanto, el solo requerimiento es objeto de sanción penal, sin necesidad de que la entrega se haya realizado, como pretende objetar el procesado. En similar sentido, debe merituarse el hecho de que se haya o no expedido el dictamen pericial favorable. Por tales razones, los agravios propuestos por el recurrente devienen en inatendibles; pues lo cierto es que está suficientemente probada la solicitud de dinero, a la cual el procesado pretende dar otra connotación, como lo es la ejecución de una pericia de parte, cuando tenía expreso conocimiento que desde meses antes había sido designado como perito por la autoridad fiscal, conforme se infiere del cargo de notificación de fecha anterior a la que ocurrieron los hechos».

(Ejecutoria suprema del 16 de enero de 2014, R. N. N° 2773-2013-Huánuco)

20. COHECHO PASIVO ESPECÍFICO DE AUXILIARES JURISDICCIONALES: PRECISIONES

«En el delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, la finalidad del medio corruptor debe estar orientado a influir en un asunto de su conocimiento o competencia y referirse a decisiones contra el derecho de una de las partes, y

con el beneficio de la otra. Además, se requiere que el sujeto actúe con dolo, y con el elemento subjetivo "a sabiendas", el que implica que el agente actúa convencido de la injusticia de sus actos y con conocimiento pleno de las pretensiones implícitas en los medios corruptores».

(Ejecutoria suprema del 10 de abril de 2008, R. N. N° 4582-2008-Piura)

21. COHECHO ACTIVO EN GRADO DE TENTATIVA: INSUFICIENCIA DE PRUEBAS

«No existen pruebas suficientes para acreditar el intento de soborno a alto oficial de la Policía Nacional con el objeto de solicitarle ayuda para agilizar trámite de pase a la situación de disponibilidad, si el billete no fue incautado, el acta solo lleva la firma del instructor, habiendo sido además el acusado sometido a maltratos físicos verificados, lo que genera duda que favorece al imputado».

(Ejecutoria suprema del 3 de abril de 1998, Exp. N° 5049-98-Lima)

22. COHECHO ACTIVO: PRECISIONES

«El tipo penal regulado en el artículo 397 del Código Penal, no exige como verbo rector típico el coactar, ni que exista un *pactum sceleris* o acuerdo previo entre las partes, sino que se satisface anticipadamente con una conducta destinada a corromper al funcionario o servidor público, mediante dádiva, promesa o ventaja de cualquier clase, para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones».

(Ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2008, R. N. N° 3750-2006-Ayacucho)

23. EL DOBLE DOLO DEL DELITO DE COHECHO ACTIVO

«El dolo requerido en el delito de cohecho activo es el dolo directo para el sujeto corruptor indeterminado. En la medida que la figura de cohecho activo es similar a la instigación, también presenta un doble dolo: el dolo referido a la propia conducta y el que se refiere al conocimiento y la voluntad de que el funcionario viole sus deberes funcionales; en este segundo dolo basta el dolo eventual».

(Sentencia del 21 de julio de 2009 de la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 37-2006)

24. COHECHO ACTIVO GENÉRICO: ACTOS TÍPICOS

«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 su condición de miembros del jurado calificador del concurso a la plaza auxiliar de catedra de la universidad, a la cual postulaba, la favorecieran».

(Ejecutoria suprema, del 14 de junio de 2002, R. N. N° 1845-2001-Huánuco)

«Existen suficientes elementos de juicio que acreditan la responsabilidad 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; aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga, luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionada, fue intervenido por un efectivo policial, negándose a mostrar sus documentos».

(Ejecutoria suprema del 22 de octubre de 2002, R. N. N° 3220-2001-Lima)

25. COHECHO ACTIVO: AUTORÍA MEDIATA

«Para la comisión, entre otros, del delito de corrupción activa de funcionarios, 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. Los procesados al declarar ante el colegiado refieren de manera uniforme que no conocen a sus coencausados, declarando uno de ellos que recibió una llamada telefónica de un sujeto desconocido que lo citó y le entregó un sobre conteniendo un pasaporte al que le faltaba colocar la foto y su huella digital, procediendo a completarlo, alegaciones que no resultan creíbles teniendo en consideración que su estadía en Brasil no era conocida por terceras personas al encontrarse requisitoriado por la justicia nacional; de ello se puede concluir de manera válida que pretenden negar cualquier vinculación con la obtención irregular de pasaportes y la consiguiente comisión de los delitos materia de procesamiento».

(Ejecutoria suprema del 25 de mayo de 1998 [Sala B], Exp. N° 619-98-Lima)

26. COHECHO ACTIVO: ACTOS DE INSUFICIENTE TIPICIDAD Y DE PRUEBA

«El hecho de haber tenido el conductor del vehículo dos soles en sus manos, dato constatado por el efectivo policial que le solicitó su licencia de conducir, sin que en ningún momento le propusiera arreglar la papeleta que le fuera impuesta, no constituye delito de corrupción activa».

(Ejecutoria superior del 6 de noviembre de 1998, de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 3588-98)

27. ENTREGA DE DINERO A FUNCIONARIO NO ACREDITADO COMO TAL

«Del análisis de lo actuado en el proceso se establece que no se ha probado plenamente todos los elementos que configuran el delito de cohecho activo genérico, por cuanto la procesada entregó una suma de dinero a un personal de la Policía Nacional que no ha sido identificado en el proceso, lo cual se corrobora con las conclusiones recaídas en la investigación efectuada por la Oficina de Inspectoría de la Policía Nacional que señala que no se ha encontrado responsabilidad en los

efectivos que se encargaron del trámite de entrega del vehículo de la procesada, y con el acta de reconocimiento en que la procesada no reconoce a ninguno de los oficiales como aquellos a quienes habría entregado el dinero».

(Ejecutoria suprema del 13 de julio de 2002, Exp. N° 1751-2001-Lima)

28. EFECTIVO POLICIAL QUE AL ABRIR PORTADOCUMENTOS ENCUENTRA DINERO. NO SE ENCUENTRA ACREDITADA INTENCIONALIDAD

«Procede la absolución del procesado, si este ha negado uniformemente la imputación que se le hace, desde el inicio de las investigaciones policiales, así como en la etapa de la instrucción, quien niega además haber suscrito el acta de incautación y haber impreso su huella digital; no habiéndose llevado a cabo, al respecto, diligencia alguna que demuestre que la huella y la firma que allí aparecen correspondan al acusado; por otra parte, el acta fue redactada en la Comisaría del sector con posterioridad al acta de incautación del dinero encontrado por el efectivo policial al abrir el portadocumentos del procesados, afirmando este que la existencia del dinero no fue deliberada por cuanto no tenía propósito de sobornar al policía, por lo que es de aplicación el principio universal del *in dubio pro reo*».

(Ejecutoria suprema del 22 de julio de 1989, Exp. N° 1373-88-Lima)

29. RECIBOS DE DONACIÓN NO ACREDITAN NECESARIAMENTE DELITO

«Si bien se encontraron recibos donde se dejaba constancia que los procesados entregaron "una donación" a los policías y al secretario de juzgado para que agilicen el trámite de la denuncia, también es cierto que dichos recibos no constituyen prueba determinante de la comisión del ilícito, más aún si los antes citados en sus declaraciones refieren que en ningún momento se entregó dinero a ninguna autoridad y que los pagos que se hicieron fueron a los abogados que asesoraban a la asociación».

(Ejecutoria suprema del 5 de junio de 2002, R. N. N° 3340-2001-Lima)

30. INIDONEIDAD DEL DONATIVO: BILLETES FUERA DE CIRCULACIÓN

«Si bien existen indicios razonables sobre la comisión del delito de corrupción activa, toda vez que el encausado reconoce haber efectuado la entrega del billete en referencia, sin embargo, dada la ineficacia del medio corruptor empleado consistente en un billete nominado en intis que había sido retirado de la circulación con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos, la conducta del procesado deviene en atípica y no punible por la imposibilidad del delito».

(Ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1998 (Sala B), Exp. N° 5798-97-La Libertad)

31. COHECHO ACTIVO: LAS VÍAS IMPLÍCITAS Y EL REGALO APARENTE

«El delito de cohecho genérico solo exige que el sujeto activo realice una conducta positiva concreta dirigida a "comprar" la función pública. No hace falta –aun lo incluya– un acuerdo previo. 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. 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 dejó un sobre conteniendo dinero, a modo aparente de regalo, pero deja implícita su voluntad de conseguir una decisión funcional favorable a los intereses que patrocinaba».

(Ejecutoria suprema del 14 de junio de 2004, R. N. N° 3778-2003-Lima, Sala Penal Permanente)

32. INTEGRACIÓN DE SENTENCIA POR OMISIÓN DE RESERVAR EL PROCESO CONTRA ACUSADO AUSENTE

«La Sala Penal Superior, al expedir la sentencia materia del grado, ha omitido reservar el proceso respecto al acusado por los delitos contra la libertad –violación de la libertad personal–, contra el patrimonio –extorsión– y contra la Administración Pública –corrupción de funcionarios y abuso de autoridad– en agravio del Estado y Rafael Alfonso Vargas, respectivamente, siendo pertinente integrar este extremo de la sentencia, en aplicación del penúltimo parágrafo del artículo 298 del C de procedimientos penales».

(Ejecutoria suprema del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 580-97-Callao)

33. INDIVIDUALIZACIÓN DE REPARACIÓN CIVIL Y DÍAS-MULTA

«La reparación civil fijada por la Sala Penal Superior a favor de los agraviados no guarda proporción con la magnitud de los daños irrogados, por lo que resulta pertinente modificarla e individualizarla en forma prudencial, a favor del Estado y de la agraviada. Que el importe del día multa no podrá ser menor del 25 por ciento ni mayor del 50 por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, Exp. N° 4936-97-Huánuco)

34. COHECHO ACTIVO EN GRADO DE TENTATIVA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ABSOLUCIÓN POR INSUFICIENCIA DE PRUEBA Y ATIPICIDAD

«La conducta de resistencia a la autoridad resulta atípica, puesto que para que sea sancionada la resistencia a la orden impartida por funcionario público se requiere que no se trate de la propia detención, lo cual no se da en el presente caso.

En cuanto a la tentativa de corrupción de funcionarios, no ha sido acreditada con elemento probatorio alguno que corrobore las imputaciones formuladas por los efectivos policiales intervinientes en las detenciones de los encausados, siendo muy vagos los cargos en ese sentido».

(Ejecutoria suprema del 12 de enero de 1998 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema N° 1206-97, Exp. N° 1206-97)

35. COHECHO ACTIVO: DONATIVO NO TÍPICO

«No prueba el delito de corrupción de funcionarios el hecho de haber entregado el procesado la suma de S/. 10,00 nuevos soles a su otro coinculpado, el alférez Policía Nacional, luego que concluyera el percance antes anotado, no habiendo tenido la intención de sobornar a las policías para lograr una solución favorable, puesto que de ser así lo habría hecho antes, y menos existe evidencia alguna de que su coprocesado haya solicitado exigencia económica alguna».

(Ejecutoria suprema del 12 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3576-97, Exp. N° 859-97-Lima)

36. COHECHO PASIVO IMPROPIO: LEY PENAL MÁS FAVORABLE Y EXTENSIÓN DE PRESCRIPCIÓN PARA AUSENTES

«Que si bien se ha acreditado fehacientemente el hecho imputado al acusado, dicho ilícito ocurrió en el mes de noviembre de 1990, encontrándose previsto en el artículo 350 del Código Penal de 1924 que establece penas alternativas de prisión no mayor de tres meses o multa de la renta de 3 a 30 días; que el Código Penal vigente sanciona dicha conducta en el artículo 394 con pena privativa de libertad no menor de 3 años ni mayor de 6; que estando a lo más favorable al reo, es del caso aplicar la primera norma legal invocada de conformidad al artículo 139 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 6 del Código Penal vigente. Que habiendo transcurrido con exceso el plazo previsto para que opere la prescripción de la acción penal, y siendo similar la situación jurídica de los ausentes a la del acusado presente, es también del caso pronunciarse de igual forma».

(Ejecutoria suprema del 2 de diciembre de 1997, Exp. N° 131-97-Puno)

37. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: PERICIA CONTABLE SOMETIDA A SANA CRÍTICA

«Debe de tomarse con reserva la sobrevaloración mencionada en la pericia contable, si los peritos han llegado a esa condición con documentos entregados por un coacusado a quien se atribuye haber actuado en represalia; subsistiendo únicamente la imputación de corrupción no puede imponerse una sentencia condenatoria».

(Ejecutoria suprema del 13 de noviembre de 1997, Exp. N° 4366-96-Arequipa)

38. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: NATURALEZA OBLIGATORIA O FACULTATIVA DE LA REVOCATORIA DE LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DE PENA

«Tratándose de la suspensión de la ejecución de pena, su revocatoria tiene carácter facultativo u obligatorio; en el primer caso procede cuando el agente incumple las reglas de conducta impuestas o es condenado por otro delito, mientras que en el segundo procede cuando dentro del periodo de prueba es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso a pena privativa de la libertad superior a tres años».

(Ejecutoria suprema del 20 de octubre de 1997, Exp. N° 234-96-Tacna)

39. NULIDAD DE SENTENCIA POR FUNDAMENTOS CONTRADICTORIOS E INVERSIÓN DE LA CARGA DE PRUEBA

«Analizados los actuados es de verse que los argumentos esgrimidos en la parte considerativa de la sentencia venida en grado resultan contradictorios en lo referente al fallo, en donde se le condena al encausado como autor de los ilícitos imputados a pesar de que durante la exposición de los hechos y la valoración de las pruebas actuadas se le considera exento de pena; asimismo, que pese a que se señala que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial; declararon nula la sentencia».

(Ejecutoria suprema del 5 de mayo de 1997 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema N° 4073-96, Exp. N° 3438-95, Sala Penal C, Cusco)

40. COHECHO PASIVO PROPIO: FAVORES SEXUALES

«Compulsando los actuados, es de apreciarse que las declaraciones proporcionadas por la agraviada no son uniformes, restándole credibilidad; por otro lado, no existe en autos el certificado médico legal que corrobore el dicho de la agraviada de haber accedido a las prácticas sexuales con el suboficial Policía Nacional en la carceleta judicial del Palacio de Justicia del Callao, bajo promesa de ayudarla a huir; que la simple imputación no corroboradas con otras pruebas no es suficiente para un fallo condenatorio».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1997 de conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema N° 1529-961, Exp. N° 2673-95-Callao)

41. GRABACIONES MAGNETOFÓNICAS CONSEGUIDAS VIOLANDO EL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

«Con respecto a la impugnación deducida por la defensa del encausado contra las grabaciones magnetofónicas de la conversación de este con un tercero, cabe

apreciar que dicha prueba ha sido adquirida vulnerando el derecho fundamental del secreto e inviolabilidad de comunicaciones, previsto en el inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, en tanto no existió previamente mandato judicial motivado que así lo ordene».

(Ejecutoria suprema del 20 de mayo de 1998 [Sala C], Exp. N° 683-98-Lima)

42. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: NULIDAD DE SENTENCIA POR VICIOS PROCESALES IMPUTABLES AL COLEGIADO PENAL

«Que estando a las irregularidades cometidas por la Sala Penal Superior de condenar a alguien que no es parte en el proceso, violar lo dispuesto en el artículo 264 del Código de Procedimientos Penales y no pronunciarse respecto al dictamen en el extremo que opinó por la improcedencia a juicio oral, deviene en nula la sentencia materia de grado; que, asimismo, es del caso imponer la medida disciplinaria a que se refiere el artículo 208 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(Ejecutoria suprema del 11 de diciembre de 1996, Exp. N° 4719-95-B-Puno)

43. COHECHO PASIVO PROPIO: INSUFICIENCIA DE PRUEBAS

«No existe prueba fehaciente que corrobore la imputación que le hace el ciudadano José Vega Zavaleta al fedatario de la Sunat en el sentido de que le solicitara la suma de 100 nuevos soles para no realizar la labor que le compete como fedatario en la campaña de verificación de comprobantes de pago, sino que dicho cargo se desvanece ante el hecho de haber José Vega procedido a arrancharle de las manos el acta respectiva y romperla, llegando incluso a agredirle físicamente, tal como reconoce José Vega en su manifestación».

(Ejecutoria suprema del 2 de diciembre de 1996 en conformidad con el Dictamen Fiscalía Penal Suprema N° 199-96, Exp. N° 1877-95-B-La Libertad)

44. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: SUJETO PASIVO

«En los delitos de corrupción de funcionarios el sujeto pasivo es el Estado, mas no la persona a través de la cual se comete el ilícito».

(Ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 1991, Exp. N° 511-91-Tacna [*Normas Legales*, octubre, 1995, J-38])

45. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: EFICACIA PROBATORIA

«La eficacia probatoria de la actuación policial pierde mérito por las circunstancias en que ésta fue practicada, vale decir al interior de un establecimiento penal,

en el que el encausado se encuentra privado de libertad y por no haber estado presente el fiscal provincial, que es quien resguarda la legalidad».

(Ejecutoria suprema del 14 de febrero de 1994, Exp. N° 3101-93-Lima [*Normas Legales*, octubre, 1995, J-42])

46. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS: PRUEBA INSUFICIENTE, *IN DUBIO PRO REO*

«La prueba actuada en la etapa policial y en la instrucción consistente en la declaración de los policías que intervinieron al acusado es insuficiente para sustentar un fallo condenatorio, concitando fundada duda en el juzgador, por lo que es de aplicación el principio de *in dubio pro reo*».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 1989, Exp. N° 531-89-Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 258])

47. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS: DUDA RAZONABLE

«La aceptación de los cargos de soborno, hecho a nivel policial, por el acusado, sin haber contado con la presencia del fiscal provincial y abogado defensor, solo es una declaración referencial, máxime si en el acto oral dicho acusado sostuvo uniformemente que el efectivo policial, al momento de su intervención, le despojó de su aro de compromiso matrimonial, como de dinero, solicitándole la entrega de una suma mayor a cambio de dejarle en libertad. Situación que genera duda sobre la comisión del hecho delictivo».

(Ejecutoria suprema del 24 de julio de 1989, Exp. N° 198-89-Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 241])

48. CORRUPCIÓN ACTIVA DE FUNCIONARIOS: ABSOLUCIÓN POR DUDA

«Procede la absolución del encausado si este ha negado uniformemente la imputación que se le hace desde el inicio de las investigaciones policiales, así como en la etapa de la instrucción y el juicio oral, concordantes con el hecho de no haberse probado que los 50 intis hallados al momento de revisar la libreta electoral haya estado destinado a sobornar al policía, no habiéndose redactado acta de incautación del dinero en el lugar de la intervención, siendo de aplicación el principio universal de *in dubio pro reo*».

(Ejecutoria suprema del 22 de junio de 1989, Exp. N° 1373-88, Lima [*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, p. 275])

49. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

«En virtud del principio de la aplicación de la ley más favorable al reo, consagrado en nuestra Constitución y Código Penal, no es posible extraer preceptos aislados

de las disposiciones en conflicto que sean beneficiosas, ya que ello determinaría la aplicación de una tercera norma creada por el intérprete que no resultaría adecuada a ley. La aplicación de la norma más favorable al reo significa escoger de entre dos o más disposiciones aquella que en su totalidad le sea al reo más favorable; lo contrario implicaría, como en el caso de autos, aplicar una ley que no ha sido prevista».

(Ejecutoria del 12 de junio de 1985, Exp. N° 78-85-Lima
[*Anales Judiciales,* T. LXXVII, Lima, 1985, pp. 152-153])

50. CORRUPCIÓN ACTIVA: CONCURSO DE DELITOS

«Quien al ser sorprendido por la policía ejerciendo ilegalmente la medicina le ofrece dinero para no ser detenido, perpetra, además, el delito de corrupción de funcionarios» (Ejecutoria Suprema del 11 de mayo de 1956».

(*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1956, Lima, p. 607; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 421)

51. CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS: EXCLUSIVIDAD DE LA VÍA PENAL

«El delito de corrupción de funcionarios por su naturaleza no es susceptible de esclarecerse previamente en otra vía que no sea la penal. Las alegaciones de irresponsabilidad no pueden resolverse mediante la interposición de una cuestión prejudicial».

(Ejecutoria suprema del 8 de octubre de 1952 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, Lima, p. 2991; ESPINO PÉREZ, Julio D.: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 421)

52. COHECHO PASIVO PROPIO: ACTOS TÍPICOS

«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 tramitación de su pasaporte; el procesado tanto en su instructiva como en el juicio oral niega haber solicitado dinero a su coencausado, 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, por lo que la sentencia venida en grado de nulidad se halla expedida de acuerdo a ley y al mérito de las pruebas actuadas»

(Ejecutoria suprema del 6 de diciembre de 2000, Exp. N° 321-2000-Lima. ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal procesal penal*, Idemsa, 2002, p. 754, sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 19 de abril de 2000, Exp. N° 634-99, p. 756)

53. COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO DE ABOGADO: ELEMENTOS DE CARGO

«Al haberse determinado que el abogado procesado que laboraba en el Jurado Nacional de Elecciones propuso a la alcaldesa, a efectos de conseguir una resolución favorable, un acuerdo ilícito consistente en efectuar la parte expositiva de la resolución a cambio de que lo contrate a su estudio como asesor jurídico de la municipalidad, así como le otorgue cuatro puestos de trabajo, existen elementos de cargo que no han sido debidamente merituados por el colegiado; fundamentos por los cuales declararon nula la sentencia absolutoria».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, Exp. N° 1061-97-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 468])

54. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

«El bien jurídico que protege el delito de negociación incompatible es el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública, no exige que exista un perjuicio efectivo al patrimonio del Estado, tutela la transparencia e imparcialidad de los funcionarios públicos en la toma de decisiones, con la finalidad de preservar la administración estatal del interés privado de quienes la representan, preservando la integridad y rectitud del funcionario. La norma busca evitar cualquier tipo de intromisión ajena al interés de la Administración Pública que pueda significar un riesgo para ella».

(Sentencia de Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, Segunda Sala Penal Transitoria)

55. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: DELITO DE PELIGRO CONCRETO. PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD E INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

«Debe precisarse que el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto, ello significa que la acción definida en el tipo penal debe de producir una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico –el correcto funcionamiento de la Administración Pública–. Como lo ha señalado un sector de la doctrina, lo que también es acogido por este Supremo Tribunal, al constituirse el delito en uno de peligro concreto, debe respetarse el principio de lesividad, en ese sentido, la represión de la acción debe estar condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada la infracción. Debido a ello, el delito de negociación incompatible no debe sancionar cualquier tipo de acciones que puedan significar el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, del cual se deduzca la orientación de un interés indebido, sino solo aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la Administración Pública. En consecuencia, este ilícito penal debe ser interpretado restrictivamente en tanto que el solo incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado

–como se alega en la mayoría de los casos en que se presume la comisión de este delito–, que no produzca siquiera un riesgo, o que este no sea inminente para el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no puede ser reprimido. Una interpretación contraria a ello significaría castigar una conducta por la sola apariencia de interés; ello conllevaría a que el juzgador incurra en una valoración subjetiva de los hechos, lo que resulta a todas luces contrario con el sistema de sana crítica al cual se adscribe nuestro modelo acusatorio, de ahí que el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, debe ser interpretado de conformidad con los principios de lesividad, última ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y proporcionalidad de la represión penal».

(Sentencia de Casación N° 231-2017-Puno, del 14 de setiembre de 2017, Segunda Sala Penal Transitoria)

56. EL INTERÉS INDEBIDO DEL FUNCIONARIO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

«El delito de negociación incompatible presenta dos elementos típicos: A. El interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionario público. Este elemento típico sintetiza la tipicidad objetiva; B. Debe existir un interés de obtener un provecho propio o para un tercero. Este elemento típico pertenece a la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna. Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos intereses que puede tener el funcionario: uno debido y otro indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento de poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la Administración Pública. El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la Administración Pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él. Al tratarse de un delito de corrupción y entenderse al delito de negociación incompatible en el marco de los delitos de corrupción de funcionarios, resulta claro que el deber quebrantado es la adecuada gestión del patrimonio estatal. El funcionario se encuentra en un conflicto de intereses al actuar, por un lado, tiene el deber de procurar el beneficio de la institución a la que pertenece y por el otro maximizar el interés propio o de un tercero. La vía través de la cual este interés indebido se manifiesta es de forma directa, indirecta o a través de un acto simulado. El objeto sobre el cual ha de recaer el interés indebido es el contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo».

(Sentencia de Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016, Sala Penal Permanente)

57. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: PRECISIONES SOBRE EL INTERÉS DIRECTO E INDIRECTO Y ACERCA DE LA VINCULACIÓN DEL PROVEEDOR CON LOS FUNCIONARIOS PROCESADOS

«De lo actuado no se aprecia material probatorio suficiente, en vista de que el solo hecho de formar parte del Comité Especial Permanente y a la vez responsable de Abastecimiento, Patrimonio Fiscal, Planificación Presupuesto y Desarrollo Institucional no resulta suficiente para atribuirles responsabilidad por delito de negociación incompatible, pues no cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa –poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares– o en forma indirecta o acto simulado, tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor haya estado ligado a los procesados elementos».

(Ejecutoria suprema del 17 de junio de 2008, R. N. N° 3866-2007-Puno)

58. LAS RELACIONES ENTRE EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO Y EL TERCERO FAVORECIDO EN EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

«En el delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, el agente –siempre funcionario o servidor público– de manera especial y particular se compromete, le importa o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener provecho económico indebido en su favor o a favor de terceros (...). El verbo rector *interesarse* significa que el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración ratificación, modificación, revocatoria o ejecución del contrato u operación. *En provecho propio o de terceros*, es decir, que el provecho que pretende obtener el agente del contrato u operación puede ser a favor del propio agente público, o, a favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales, no siendo posible que sean extraños a él».

(Ejecutoria suprema del 29 de febrero de 2012, R. N. N° 578-2011-Junín, Sala Penal Permanente)

59. LAS IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS Y EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

«A diferencia de la contratación normal, la cual se encuentra obligada a seguir un procedimiento predeterminado en la Ley, sin posibilidad de ser regularizada, la contratación en emergencia autoriza la exención de dicho procedimiento. La razón es la situación de emergencia misma. Detrás de una situación de emergencia existe una situación que requiere una pronta atención, ya que estamos frente a un hecho grave producido, o ante un grave riesgo de que sea generado. Por ello, se realiza un ejercicio de ponderación entre el normal cumplimiento de la

normativa administrativa y el objeto de protección, en el cual se favorece este último. Los defectos administrativos, que tornan un contrato en irregular, por sí solos, carecen de relevancia para el Derecho Penal. Solo cuando ellos tienen como significado el quebrantamiento de un deber que compete a esta rama del Derecho, entonces es que aquellas adquieren un sentido comunicativo en este plano. En el caso de los contratos en situación de emergencia, los defectos administrativos pueden ser subsanados a través del proceso de regularización. Para ello se requiere la realización de dicho proceso dentro de un plazo de 10 días desde producida la satisfacción del objeto del contrato. En este orden de ideas, los defectos administrativos que pueden ser subsanados vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia penal. Ello, porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, la cual es a su vez materia de análisis de la Contraloría de la República, entonces se trata de defectos pasibles de ser subsanados. La razón de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contratación como la única que admite la regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal. En el caso, por ejemplo, del delito de colusión de funcionarios en donde un elemento externo al proceso de contratación (el acuerdo colusorio), hace que dichos defectos administrativos adquieran otra interpretación, incluso para el caso de la contratación en situaciones de emergencia. Esta premisa sustantiva trae a su vez consecuencias de índole procesal. Si nos encontráramos frente a un proceso normal de contrataciones con el Estado y se presentaran los defectos administrativos, los cuales no pueden ser regularizados, podría ser entendible como una prueba del quebrantamiento de un deber penal. Distinta es la situación en el caso que se trate de una contratación en situación de emergencia, dentro de la cual la comisión de defectos administrativos es posible. En este supuesto, debido a la justificación legal y material de los mismos, es posible que el realizar estos defectos carezca –por sí sola– de relevancia para el Derecho Penal. No será el supuesto, si anexo a dichos defectos administrativos, se presenta un elemento que da sentido delictivo a los mismos, como es el acuerdo colusorio o el pago de una dádiva».

(Sentencia de Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016, Sala Penal Permanente)

60. ACTOS TÍPICOS

«El delito de negociaciones incompatible es un delito de peligro que se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en

las contratas u operaciones (...) En el presente caso, el encausado convocó a concurso público a participantes que no reunían los requisitos, favoreciendo desde el inicio al proveedor con quien ya había acordado. No se requiere que en la intervención del sujeto activo del delito el interés de este sea totalmente ilícito, es decir, contrario al de la Administración Pública. El conjunto probatorio de cargo revela actuación interesada del encausado, quien orientó su actuación funcional al momento de realizar las adquisiciones de bienes y de servicios, simulando una formalidad con postores que carecían de capacidad de contratación –por no estar registrados con RUC o ante la Sunat o en el Registro de Proveedores– o poseer idoneidad para proveer el bien o servicio que requería la institución edil, logrando con ello elegir predeterminadamente a algunos proveedores quienes se vieron favorecidos con la contratación de sus referidos bienes o servicios».

(Ejecutoria suprema del 24 de enero de 2013, Junín, R. N. N° 3281-2011, Sala Penal Permanente)

61. EL AUTOR DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE DEBE POSEER CAPACIDAD DE DECISIÓN

«Es de precisar que no basta con ostentar objetivamente el cargo de funcionario público para poder hablar de autor del delito de negociación incompatible. Es necesario que dicho funcionario cuente, en muchos casos, con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación, en otras palabras, capacidad delegada para negociar o potencialidad administrativa de negociación».

(Ejecutoria suprema del 17 de mayo de 2017, R. N. N° 677-2016-Lima, Sala Penal Permanente)

62. COMPLICIDAD EN DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: EL PAPEL DEL TERCERO

«El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial –normativizado– que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. La estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (cohecho, colusión entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la

voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la Administración Pública, al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado –de alguna manera– con este acto administrativo que perjudicase a la Administración Pública».

(Sentencia de Casación N° 841-2015-Ayacucho, del 24 de mayo de 2016, Sala Penal Permanente)

63. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ATIPICIDAD

«Se imputa al procesado haber nombrado como asesor legal de la Municipalidad a su hermano, pese a estar impedido por cuanto el encausado se encontraba ocupando el cargo de Alcalde; que a la fecha de tales constataciones, la conducta incriminada al acusado no constituyó el delito de negociación incompatible con el cargo, toda vez que la condición requerida por el tipo, en cuanto a que la acción del agente sea indebida, no se dio porque dicho accionar no estuvo prohibido expresamente por ninguna norma legal».

(Ejecutoria suprema del 12 de marzo de 2003, Exp. N° 4766-2001-Puno [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 479])

64. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ATIPICIDAD

«Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del "Centro Quirúrgico Oftalmológico", y en tal calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta presentada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido».

(Ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2002, Exp. N° 4832-2001-Arequipa [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 513])

65. PÉRDIDAS EN DESMEDRO DE LA EMPRESA ESTATAL NO CONFIGURAN EL TIPO PENAL: AUSENCIA DE INTERÉS EN PROVECHO PROPIO O DE TERCERO

«Si bien el Alcalde realizó actos tendientes a que la empresa se integre a otras entidades con la finalidad de participar en la licitación internacional en el entendido

que con tal fusión, se iba a beneficiar a la Municipalidad distrital, hecho que finalmente no sucedió, no se advierte ni existe prueba objetiva que demuestre palmariamente que este se haya interesado en tal accionar en provecho propio o de tercero, pues si bien se han generado pérdidas en desmedro de la empresa estatal, la misma que manejaba fondos públicos, al constituir una empresa municipal, ello no necesariamente configura el tipo penal de negociación incompatible, pues no se advierte beneficio propio o de un tercero que haya surgido justamente de un acto simulado de interés por parte del sujeto activo».

(Ejecutoria suprema del 18/03/2009, R. N. N° 1174-2007-Cusco)

66. PRECISIONES SOBRE AUTORÍA

«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 suscribieron los convenios sobre publicidad exterior con las empresas vinculadas a su persona, por lo que no puede ser sujeto activo del mismo».

(Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2001, R. N. N° 1054-2000- Lima)

67. NO BASTA SER MIEMBRO DEL COMITÉ ESPECIAL Y RESPONSABLE DEL ÁREA DE ABASTECIMIENTO PARA SER AUTOR DEL DELITO

«De lo actuado no se aprecia material probatorio suficiente, en vista de que el solo hecho de formar parte del Comité Especial Permanente y a la vez responsable de las áreas de abastecimiento, patrimonio fiscal, planificación, presupuesto y desarrollo, no resulta suficiente para atribuirles responsabilidad por delito de negociación incompatible, pues no se cuenta con elementos de prueba que acrediten que tales procesados se hayan interesado en forma directa –poniendo de manifiesto sus pretensiones particulares– o en forma indirecta o acto simulado, tampoco se ha establecido con suficiencia que el proveedor haya estado ligado a los procesados».

(Ejecutoria suprema del 17 de junio de 2008, R. N. N° 3866-2007-Puno)

68. NO SE DUPLICA LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

«Entre los delitos atribuidos a los procesados (negociación incompatible de cargo e incumplimiento de funciones) se ha producido un concurso ideal de delitos, al existir unidad de acción entre dichos ilícitos, en consecuencia teniendo en cuenta la pena privativa de libertad con la que se hallan conminados dichos delitos, resulta que la acción persecutoria del Estado ha prescrito, no siendo de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal, pues no se ha afectado el patrimonio público».

(Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2010, R. N. N° 3911-2009-Huancavelica)

69. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PRECISIONES SOBRE LOS COMPONENTES DE TIPICIDAD

«En lo que respecta al delito de tráfico de influencias, debe señalarse que, cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que estén investidos de poder discrecional administrativo. En el presente caso, la referencia genérica que se hace al procesado de que coadyuvó al desvío de investigaciones periodísticas o congresales, sin que se haya acreditado en forma concreta y certera la existencia real y previa del caso judicial o administrativo en contra de los investigados hace que la conducta incurrida por los procesados carezca de un elemento objetivo del tipo penal; y por consiguiente que se subsuma en él, aun cuando los demás elementos constitutivos del tipo penal como el núcleo rector principal "invocar influencias con el ofrecimiento de interceder" y los medios corruptores donativo, promesa o cualquier ventaja y el elemento finalístico "con el ofrecimiento de" se encuentren presentes; en consecuencia, corresponde absolver al encausado».

(Ejecutoria suprema del 23 de julio de 2003, R. N. N° 11-2011-Lima)

70. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: IMPLICANCIAS DERIVADAS DE SU NATURALEZA DE PELIGRO ABSTRACTO

«La no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, ya que no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo, es pues un delito de simple actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas, las que deberán ser apreciadas de manera exhaustiva por el juzgador».

(Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2010, R. N. N° 4097-2008-Santa)

71. INSTIGACIÓN Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS

«Resulta obvio que conviviendo la procesada con el asesor presidencial, conocía las actividades de este último, a quien conoció en el Servicio de Inteligencia, 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 la que se encontraba, dolosamente lo determina o instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener las resoluciones judiciales favorables a su hermano y tío político, lo que en efecto así sucedió».

(Ejecutoria suprema del 9 de julio de 2003, R. N. N° 1401-2003-Lima)

72. ACTOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS PARA INTERCEDER EN TRÁMITE DE UNA QUEJA DE DERECHO

«Del estudio de los actuados resulta que el encausado, en su condición de Técnico judicial, ante la desesperada preocupación de la procesada de averiguar sobre el trámite o el resultado de una queja de derecho que tenía interpuesta, le habría ofrecido su mediación para obtener un pronunciamiento favorable en la queja mencionada a cambio de 100 dólares americanos supuestamente para el Relator de la Sala Civil y 100 nuevos soles para él, además de hacerse invitar almuerzos».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2000, Exp. N°179-2000-Lima)

73. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: IMPLICANCIAS DERIVADAS DE SU NATURALEZA DE PELIGRO ABSTRACTO

«La no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no permite concebir los hechos resultantes como atípicos, pues el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, ya que no se exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se coloque en una posición de riesgo o peligro con el accionar del sujeto pasivo, es pues un delito de simple actividad en el cual se sanciona el simple comportamiento del agente, es decir, la ejecución de una conducta, sin importar el resultado material; de igual modo resta importancia para su configuración si las influencias son reales o simuladas, las que deberán ser apreciadas de manera exhaustiva por el juzgador».

(Ejecutoria suprema del 28 de enero de 2010, R. N. N° 4097-2008-Santa)

74. TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y PRECISIONES DE TIPICIDAD

«El delito de tráfico de influencias es un delito que afecta la imparcialidad funcionarial y el carácter público de la función, de suerte que cuando se trata de "influencia real" el sujeto pasivo es tanto el funcionario en quien se va a ejercer influencia cuanto la Administración Pública. Es un tipo penal instantáneo, de simple actividad, de resultado cortado y de tendencia. Exige una conducta precisa, con independencia que la misma forme parte de una empresa criminal. La conducta está radicada –al ser un delito de encuentro– no solo en la invocación de una influencia a cambio de algo, sino que es indispensable, como compensación que exista una aceptación de dar o prometer una ventaja solicitada».

(Sentencia de Casación N° 683-2018/Nacional, del 17 de julio de 2019, Sala Penal Permanente)

75. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PRECISIONES

«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 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».

(Ejecutoria suprema del 7 de mayo de 2003, Exp. N° 1981-2002-Lima [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2004, p. 526])

76. TRÁFICO DE INFLUENCIAS: PRUEBA SUFICIENTE

«La negativa del acusado resulta un ineficaz intento por evadir la responsabilidad que le corresponde 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; que la restante prueba actuada no enerva los considerandos anteriores, por lo que existiendo prueba objetiva que acredita la materialización del delito así como la responsabilidad penal que le cabe al procesado, debe graduarse la pena a imponer conforme a las reglas establecidas en la legislación sustantiva».

(Ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2000, Exp. N° 179-2000-Lima. Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal procesal penal*, Idemsa, 2002, p. 765, sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 19 de diciembre de 1999, Exp. N° 472-99, p. 767)

77. TRÁFICO DE INFLUENCIAS E INSTIGACIÓN EN CADENA

«No debe olvidarse que el delito de tráfico de influencias es una figura que adelanta las barreras de punibilidad, pues en teoría sanciona los actos preparatorios de otros delitos de corrupción de funcionarios. Por ello, considerar la instigación en cadena para este tipo penal acarrearía una sanción aún más adelantada de los actos preparatorios, que en la doctrina actual no cuenta con el consenso mayoritario sobre si dichas conductas conllevan real lesividad o peligro al bien jurídico tutelado».

(Sentencia de Casación N° 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020, Sala Penal Permanente)

78. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: BIEN JURÍDICO

«El delito de enriquecimiento, como se sabe, tiene como bien jurídico tutelado, desde una perspectiva genérica, el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública; y, desde una perspectiva específica, el normal y correcto desenvolvimiento de las funciones de los cargos y empleos públicos que se deben a la Nación. Lo expuesto significa, entonces, que lo que se protege es, fundamentalmente, el fin prestacional, la objetividad y la legalidad en la Administración Pública, no tanto el patrimonio del Estado. El agente oficial tiene deberes de probidad y transparencia que delimitan sus actos como integrantes de un ordenamiento administrativo –delito especial de posición institucionalizada–; la probidad de la función pública se tutela en el contexto de toda la actividad funcionarial».

(Sentencia de Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, Sala Penal Permanente)

79. EL ABUSO DEL CARGO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

«El delito de enriquecimiento ilícito es una figura penal que busca evitar espacios de punibilidad, tanto frente a delitos de corrupción que no se han evidenciado, es decir, no sea posible la persecución penal, como en los casos en que el enriquecimiento provenga de conductas que impliquen infracción grave de deberes funcionales. En cuanto a la imputación objetiva, el referido delito de enriquecimiento ilícito –que se concreta en la infracción de roles especiales propios de un funcionario o servidor público– el primer elemento es el abuso del cargo por el agente público, esto es, se trata de aquella situación en que este hace mal uso del cargo para obtener un beneficio patrimonial indebido, pero que se circunscribe a la calidad que el agente público tiene dentro de la Administración, no al abuso de atribuciones o funciones. Cabe enfatizar, primero, que la *ratio legis* del aludido tipo penal en su construcción histórica siempre fue la misma, sea cuando con anterioridad se hizo referencia a las expresiones "por razón del cargo" o "durante el ejercicio del cargo" –hasta antes de la Ley N° 29758, de 21/07/2011–, o cuando, como ahora se indica "abusando de su cargo": prohibir la obtención de beneficio económico mediante la utilización del poder que la función pública otorga a quienes lo porten desde cualquier posición administrativa. Segundo, que lo relevante no es el título administrativo específico del agente oficial, sino que este se encuentre en un ámbito de riesgo potencial contra el bien jurídico y que del caso concreto se puedan extraer los elementos de imputación necesarios que vinculen el enriquecimiento ilícito con la posición idónea dentro de la Administración para lograrlo. Tercero, que la relación entre ejercicio del cargo y enriquecimiento ilícito es valorativa o normativa, antes que causal desde una perspectiva naturalista; luego, esta no versa sobre el efectivo dominio sobre bienes o dinero que el agente oficial pueda tener en sus manos y de los cuales pueda lucrar (disposición material sobre los bienes), sino con conductas de abuso

de poder público, de gestión o institucional que la Administración le otorga de forma directa o indirecta».

(Sentencia de Casación N° 277-2018-Ventanilla, del 21 de marzo de 2019, Sala Penal Permanente)

80. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: PRECISIONES

«El enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es resultado de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el periodo de ejercicio público funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación; no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o de 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».

(Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003, Exp. N° AV-09-2001-Lima [Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Idemsa, 2005, p. 352])

81. ENRIQUECERSE Y EL ACTO DE ENRIQUECERSE ILÍCITAMENTE: PRECISIONES

«El verbo rector es el de "enriquecerse" o "incrementar" el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje significa hacerse rica a una persona o prosperar notablemente. Como verbo reflexivo el "enriquecerse" significa hacerse rico uno mismo. En tanto que el enriquecimiento es la acción y el efecto de enriquecerse. En el contexto del tipo penal, el enriquecimiento vendría a ser la acción y el efecto de enriquecer el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio –enriquecerse uno mismo–, esta acción –de enriquecerse– genera una consecuencia en la configuración del delito en cuestión: se trata de un delito especial propio, realizable únicamente por el funcionario o servidor público quien es el que en buena cuenta abusa de su poder funcional para incrementar sustancialmente su patrimonio. El acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades por parte del sujeto activo; esto es, es necesario que el sujeto activo se enriquezca por razón del cargo. La modalidad conductual exigida es de orden causal no temporal. Ha de existir una relación causal entre el acto de utilizar o valerse del cargo público y el efecto de enriquecerse. La relación causal anotada forma parte del tipo objetivo: por tanto, no es suficiente, en los términos del tipo penal aplicable al caso, con que se haya verificado el enriquecimiento efectivo, sustancial y real del funcionario o servidor público,

evidenciado en un incremento ostensiblemente asimétrico con los ingresos percibidos, por cualquier causa».

(Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2017, R. N. N° 2939-2015-Lima, Sala Penal Permanente)

82. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO NO ES UN DELITO DE NO JUSTIFICACIÓN

«El enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto cualificado –el funcionario o servidor público–. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo. Bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra».

(Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2017, R. N. N° 2939-2015-Lima, Sala Penal Permanente)

83. MATERIAL PROBATORIO DEBE ACREDITAR ASIMETRÍAS EN LOS BIENES E INGRESOS DEL ACUSADO

«En el delito de enriquecimiento ilícito, el material probatorio (informes contables, pericias financieras, declaraciones de rentas, y otros) debe evidenciar situaciones de asimetría, desproporción o de notable contraste entre los bienes y valores económicos detentados por el agente público durante o después de su acceso al cargo en relación con los que tuvo antes de su ingreso, las que no pueden ser explicados o justificados técnicamente con el total de sus ingresos lícitos. La sala penal superior dio valor a la conclusión de la pericia de parte, en el sentido que no hay desbalance en el patrimonio del acusado; empero, no tuvo en cuenta que tal conclusión, conforme a los criterios valorativos de la prueba pericial, debe estar respaldada por premisas debidamente corroboradas, como documentos u otros con entidad probatoria».

(Ejecutoria suprema del 21 de agosto de 2019, R. N. N° 2160-2018-Lima, Sala Penal Transitoria)

84. NORMATIVA INTERNACIONAL SOBRE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, CARGA DE LA PRUEBA Y VOTO SINGULAR

«Las fuentes internacionales hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y de acuerdo a las causales la carga de probar está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar

como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita».

(Sentencia de Casación N° 953-2017-Lima, del 17 de agosto de 2018, Sala Penal Transitoria)

«VOTO SINGULAR (Juez supremo Salas Arenas): En el fundamento 5.5 de la ejecutoria suprema se expresa que el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establecen, de manera relativa, la inversión de la carga de la prueba, debido a que el funcionario público debe acreditar que el desbalance patrimonial tuvo una causa justificada lícita. Estimo que los citados artículos no señalan que en el delito de enriquecimiento ilícito exista inversión de la carga a probar. Una afirmación en tal sentido podría afectar la presunción de inocencia y la no autoincriminación. En el fundamento jurídico 14 del Recurso de Nulidad N° 2339-2015-Lima, se señaló que "entender" que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o servidor público colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional».

85. LOS INDICIOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO PARA EL FUNCIONARIO PÚBLICO Y EL *EXTRANEUS*: PRECISIONES

«Llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento. Esta parte del tipo no configuraría la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo, de la literalidad de esta norma se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predican de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito».

(Sentencia de Casación N° 782-2015-Del Santa, del 6 de julio de 2016, Sala Penal Transitoria)

86. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO AGRAVADO: "ALTA DIRECCIÓN"

«En el delito de enriquecimiento ilícito el elemento valorativo "alta dirección" se predica de aquellos funcionarios públicos que detentan los cargos de mayor relevancia dentro de una entidad, y que, por ende, tienen autoridad y responsabilidad para planificar, dirigir y controlar sus actividades, ya sea directa o indirectamente, en función de los objetivos institucionales. En ese orden de ideas, una lectura integral de una serie de normas extrapenales nos permite concluir que el cargo de alcalde distrital se corresponde al elemento normativo de alta dirección. Una de las leyes que cumple dicho propósito es la Ley N° 28212, que desarrolla el artículo 39 de la Constitución Política en lo que se refiere a la jerarquía y remuneraciones de los *altos funcionarios y autoridades del Estado*, comprendiendo en su artículo 2, dentro de la jerarquía de los altos funcionarios y autoridades del Estado, a los alcaldes distritales. Otra de las normas es el Decreto Supremo N° 043-2006-PCM que aprueba los lineamientos para la elaboración y aprobación del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) por parte de las entidades de la Administración Pública, que define el nivel jerárquico de "alta dirección", como aquella que se encarga de dirigir la entidad, supervisar sus actividades, reglamentar y aprobar políticas públicas, en general ejercer las funciones de dirección política y administrativa de la entidad (artículo 11), y está integrada, entre otros, según el artículo 14, por "el órgano que constituye la máxima autoridad de la entidad" (literal a), así como "el órgano que constituye la más alta autoridad administrativa de la entidad" (literal c)».

(Sentencia de apelación del 25 de agosto de 2017, Exp. N° 00008-2014, Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, Colegiado A)

87. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO: DELITO COMISIVO Y DE RESULTADO

«Respecto al momento consumativo del delito de enriquecimiento ilícito cabe precisar que el artículo 401 del CP, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto un aumento del activo como una disminución del pasivo– por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio».

(Sentencia del 14 de mayo de 2010, Exp. N° 084-2008, Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima)

88. ENRIQUECIMIENTO Y ACTOS POSCONSUMATIVOS

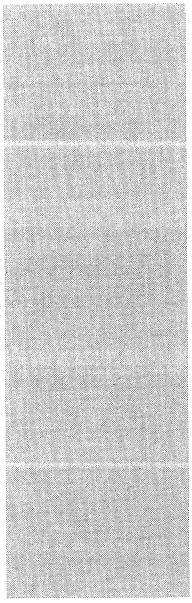
«En el uso común del lenguaje "auxiliar" es prestar ayuda, cooperar o coadyuvar. Si se vincula con el objeto de auxilio –el hecho punible– este consiste en prestar

ayuda para que el delito se realice o, en términos jurídico-penales, se consume. Si relacionamos este auxilio a la comisión de la infracción penal, a un caso de enriquecimiento ilícito, el auxilio necesario o contingente que puede prestar el cómplice –*extraneus*– es para que el sujeto activo pueda realizar los actos de enriquecimiento. En consecuencia y, conforme a una regla lógica, no se puede ayudar a realizar algo que ya fue realizado; no se puede coadyuvar al futuro de algo que ya es pasado. De manera tal que los actos de colaboración del cómplice solo serán posibles durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución. Si la colaboración se da durante esta etapa del itinerario delictivo, no convierte al colaborador del enriquecimiento del autor, pues se trata de un delito especial propio –del funcionario o servidor público que se enriquece–. Así las cosas, no es posible admitir jurídicamente, conforme al principio de legalidad, una complicidad posterior a la consumación. Si la ayuda se da en la etapa post consumativa del delito dicha conducta podría configurar otro delito, pero no complicidad del delito que antecede».

(Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2017, R. N. N° 2939-2015-Lima, Sala Penal Permanente)

TERCERA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES



TÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

SUMARIO: I. Los particulares: precisiones. **II.** Los Códigos Penales peruanos. **III.** El panorama en la legislación penal europea de América Latina.

I. LOS PARTICULARES: PRECISIONES

El Título XVIII del Código Penal peruano se inicia con el Capítulo I, destinado a regular comportamientos jurídico-penalmente imputables tanto a particulares (artículos 361 a 375) como a sujetos públicos (artículos 376 a 401).

El uso de la frase *«delitos cometidos por particulares»* no es precisamente inequívoca del *nomen iuris* clasificatorio, pues su interpretación literal puede conducir a errores que nos llevarían a concluir que los delitos contenidos en los artículos 361 al 375 solo pueden ser cometidos por quienes no son funcionarios o servidores públicos. Tal razonamiento es incorrecto, pues ingresan en la tipicidad de las diversas figuras de usurpación de autoridad, violencia y resistencia a la autoridad y desacato tanto –mayoritariamente– los sujetos comunes que no poseen deberes especiales para con la Administración Pública, es decir, los particulares, como también, en determinados tipos penales, los sujetos públicos (funcionarios y servidores) que se deben y están íntimamente vinculados con dicha administración por sus funciones y obligaciones regladas.

II. LOS CÓDIGOS PENALES PERUANOS

La sistematización que emplea el Código Penal de 1991 sigue la sistemática clasificatoria y el lenguaje del Código Penal italiano de 1930, que es uno de los pocos Códigos que hace una taxativa separación de los delitos que lesionan o ponen en peligro a la diversidad de intereses tutelados en el bien jurídico Administración Pública, sobre la base del doble esquema:

a) *Dei delitti dei pubblici ufficiale contro la pubblica amministrazione* (De los delitos de los funcionarios públicos contra la Administración Pública) y **b)** *Dei delitti dei privati contro la pubblica ammnistrazione* (De los delitos de los particulares contra la Administración Pública), complementando ambos capítulos con un tercero destinado a disposiciones comunes que regulan la noción de funcionario público, función pública, persona encargada de un servicio público y de la cesación de la calidad de funcionario público.

Como suele suceder cuando nuestros legisladores copian modelos legales extranjeros, casi siempre tienen que dejar sentada su nota de *originalidad.* En este caso optaron por invertir el orden de los delitos: primero se colocó los delitos cometidos por particulares y luego los cometidos por funcionarios públicos.

En el derogado Código de 1924, la sistematización de los delitos contra la Administración Pública siguió un modelo distinto al de 1991. En efecto, con base en el paradigma del proyecto suizo de Código Penal de 1918[(451)], se clasificaron dichos delitos bajo las denominaciones «Delitos contra la autoridad pública» (usurpación de autoridad, violencia y resistencia-desacato) y «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales» (abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción, prevaricato y otros).

Por su parte, el Código Penal de 1863 imitó la tradición clasificatoria española consistente en ubicar determinados subcapítulos de delitos cometidos por particulares y funcionarios bajo una genérica sección tercera «De los delitos contra la seguridad interior del Estado» (atentados y desacatos contra las autoridades) y de reservar para una quinta sección también genérica el *nomen iuris* «De los delitos peculiares a los empleados públicos»[(452)], donde se incluían los abusos de autoridad, cohechos, revelación de secretos, fraudes y exacciones, prevaricato y además los delitos de usurpación de funciones.

En resumen, bajo el *nomen iuris* «Delitos cometidos por particulares contra la Administración Pública» se incluyen actos y omisiones en los que, en calidad de autores, incurren mayoritariamente particulares que no tienen para con el Estado deberes especiales como también sujetos públicos que violan de este modo, mediante figuras penales distintas a las propias, su deber genérico de garantes para con la Administración Pública y la sociedad.

(451) El patrón de sistematización tanto del proyecto suizo como del Código peruano de 1924, que lo reprodujo, ubica en dos secciones o capítulos separados los delitos contra la autoridad y los delitos de función. Para una mayor comparación, véase el Código Penal peruano de 1924.

(452) Terminología que en la época abarcaba tanto a funcionarios como servidores.

III. EL PANORAMA EN LA LEGISLACIÓN PENAL EUROPEA Y DE AMÉRICA LATINA

Los delitos contra la Administración Pública están considerados en el Código Penal portugués como delitos contra el Estado, tanto los cometidos contra la autoridad pública como los cometidos en ejercicio de funciones pública. En el caso de España, los delitos contra la Administración Pública tienen un título autónomo, en cambio, los delitos de desobediencia, modalidades de desacatos e injurias de hecho contra la autoridad, como el delito de usurpación de funciones, encuentran localización en los "delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes". El Código Penal alemán, por su parte, posee en la última sección –vigesimonovena– de su cuerpo legal los delitos en la administración, en cambio, la sección sexta da cuenta de los delitos de resistencia a la autoridad estatal; y la sétima, del delito de usurpación de cargo público y abuso de títulos, grados académcios y dignidades profesionales. El Código Penal suizo regula en su título 15 los delitos de violencia, amenazas contra la autoridad y funcionarios y el delito de usurpación; los títulos 18 y 19 contemplan los delitos contra los deberes de función y corrupción, respectivamente. El Código Penal francés actual incorpora en capítulos diferentes los delitos contra la Administración Pública cometidos por personas que ejercen una función pública como los cometidos por particulares, en el marco de los delitos contra el Estado. En el Código Penal español actual, los delitos contra la Administración Pública se hallan repartidos tanto en el título de falsedades (usurpación e intrusismo) como en el reservado propiamente a los delitos contra la Administración, título que incluye a los cometidos por funcionario o autoridad, y a los particulares relacionados con los delitos de aquellos. Destaca en el diseño español el tratamiento del delito de prevaricato, el cual está regulado genéricamente como delito contra la Administración Pública y específicamente (cometido por juez o magistrado) como un delito contra la administración de justicia.

En el contexto de los Códigos latinoamericanos, tienen similar nomenclatura clasificatoria que la peruana los Códigos que acusan la influencia italiana de 1930, por ejemplo, los Códigos Penales de Costa Rica, Guatemala, Bolivia, Brasil, que divide –expresa y tipológicamente– los delitos contra la Administración Pública en dos grandes apartados: los delitos cometidos por funcionarios y aquellos delitos cometidos por particulares, los que a su vez se hallan separados de los delitos contra la administración de justicia. Tienen, en cambio, un sistema ordenador parcialmente diferente en cuanto hacen mención a una sola denominación clasificatoria (Delitos contra la Administración Pública, que incluye delitos cometidos por funcionarios y por particulares, separados por secciones o capítulos), siguiendo

el modelo del Código Penal italiano de 1889, y que en algunos Códigos incorpora los delitos contra la administración de justicia: los Códigos de Argentina, Colombia, Cuba, Ecuador (su Código Penal vigente los denomina "Delitos contra la eficiencia de la Administración Pública"), Panamá, Chile, Honduras y Paraguay (su Código Penal vigente los llama "Hechos punibles contra las funciones del Estado"). La influencia española en este tema clasificatorio, en el punto de incluir la usupación de atribuciones en el rubro de falsedades, no ha tenido seguidores en los modernos Códigos latinoamericanos. El Código Penal de Puerto Rico sigue un sistema propio que desdobla los clásicos delitos de función y contra la autoridad en cuatro secciones diferenciadas: delitos contra la función pública, delitos contra la función judicial, delitos contra la autoridad pública y delitos contra la función legislativa. El Código Penal de Nicaragua, de forma particular, sistematiza en títulos diferentes los delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares y los delitos de los funcionarios y empleados públicos (en los que incluye usurpación de atribuciones, desobediencia y resistencia, prevaricato, morosidad y negligencia, delitos en la secuela y decisión de los juicios, mala conducta, infidelidad en la custodia de presos, cohecho, malversación, peculado y otros).

TÍTULO II

LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

SUMARIO: I. Aspectos de historia. **II.** Modelos actuales de Derecho comparado: 1. Italia (1930). 2. España (1995). 3. Francia (1993). **III.** Aspectos de técnica legislativa del Código Penal peruano: 1. Artículo 361. 2. Artículo 362. 3. Artículo 363. 4. Artículo 364.

I. ASPECTOS DE HISTORIA

Históricamente, las diversas formas delictivas que asumieron las usurpaciones de funciones, atribuciones y títulos estuvieron asociadas a expresiones de falsedad. Esta orientación jurídico-legislativa tuvo su fuente de origen en el Derecho Romano, que castigó las usurpaciones públicas funcionales tanto en el ámbito de la autoridad civil como militar bajo el título de falsedades (*crimen falsi*)[453]; delito de usurpación poseedor de un elevado injusto penal, al punto de ser considerado un delito de esa majestad (Lex Iulia - Lex Cornelia). Tanto el *Digesto* (libro 48.10.27, 2) como la Sétima Partida española (Título VII, Ley II) contemplaron el delito de usurpación. Lo mismo sucedió con el Derecho Penal medieval y los Códigos Penales francés de 1810 (artículo 258), toscano de 1853 (artículos 152 y 154) y sardo de 1859 (artículos 289 y 290).

La conceptualización romana de la usurpación, en tanto modalidad de *delicta falsi,* fue recogida por los diversos Códigos Penales españoles sucedidos en los siglos XIX y XX. Distinta sería la evolución jurídico-legislativa de los Códigos francés, portugués e italiano del siglo XIX, que optaron por ubicar las figuras penales de usurpación bajo los ítems de los

(453) Al respecto véase CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. I, p. 246.

delitos contra la autoridad pública (Francia), contra el Estado (Portugal) y contra la Administración Pública (Italia).

II. MODELOS ACTUALES DE DERECHO COMPARADO(454)

1. Italia (1930)

La mesura legislativa del Código Zanardelli de 1889 se repite con el Código Rocco de 1930. Al igual que en el derogado Código, en el de 1930 tan solo dos artículos dan cuenta de las diversas modalidades que asume para el pensamiento jurídico legal italiano el delito de usurpación: el artículo 347 regula el caso de quien usurpa (estrictamente) una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público y en una segunda modalidad, la cometida por quien habiendo sido cesado o suspendido en sus funciones continúa ejercitándolas; y el artículo 348, que contempla el ejercicio abusivo de profesión para la cual es necesaria una especial habilitación estatal. Las penalidades son de hasta 2 años para las conductas ilícitas del artículo 347 y hasta 6 meses para el caso del artículo 348, que alternativamente en este segundo caso puede sancionarse con multa.

2. España (1995)

El Código español de 1995, vigente a partir de 1996, ha superado las deficiencias casuísticas y de ubicación sistemática de los anteriores Códigos. Los delitos de usurpación funcional han sido reducidos a dos artículos: 402 y 403. El primero, de ejercicio ilegítimo de actos propios de autoridad o función pública, y el segundo, de ejercicio ilegítimo de profesión (o intrusismo). Cabe destacar que el Código Penal español de 1995 mantiene las dos figuras de usurpación siempre bajo el rubro genérico de falsedades (Título XVIII del Libro II), fiel a su orientación histórico-legislativa.

3. Francia (1993)

En el caso de Francia, el Código de 1993 ha reagrupado, con una técnica legislativa diferente a la observada en el anterior Código de 1810, las distintas modalidades de usurpación en dos secciones con un total de 5 artículos: Sección 7, *De l'usurpation de fonctions* (artículos 433-12 y 433-13) y Sección 8, *De l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique* (artículos 433-14 al 433-16). Ambas secciones han sido ubicadas bajo el rubro genérico de *«Des atteintes a l' autorité de l'etat»*.

(454) Para una mayor información véase *infra* "Legislación extranjera".

El contenido de la Sección 7 (artículo 433-12) hace referencia a una modalidad básica de usurpación de función pública castigada con prisión de hasta 3 años y multa que llega a los 45,000 euros, así como a modalidades atenuadas castigadas con prisión de hasta un año y multa de 15,000 euros.

La Sección 8 regula el uso de trajes, uniformes y condecoraciones oficiales, así como el uso de documentos que confieren calidad profesional e insignias reglamentadas por la autoridad pública, con pena de 1 año y multa de 15,000 euros; igualmente se castiga la utilización de vehículos de la policía nacional o militar. Como nota particular, el artículo 433-16 eleva las penas a 3 años de prisión y multa de 45,000 euros si las conductas anteriores tienen como objeto preparar o facilitar la comisión de un crimen o un delito.

III. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Son 4 los tipos penales que contienen los ilícitos de usurpación de autoridad, títulos y honores. Estos son:

1. Artículo 361

- Se trata de un tipo complejo compuesto por tres modalidades comisivas de delito, cuyos verbos rectores son: usurpa, dar órdenes, ejerce funciones. Es de naturaleza comisiva activa, de consumación *instantánea* en su primera modalidad (usurpar función pública o ejercer funciones de cargo diferente) y *permanente* en la segunda (continuar ejerciendo) y tercera (ejercer funciones correspondientes a otro cargo).
- Son modalidades delictivas de actividad y peligro, no se requiere que produzca necesariamente resultados lesivos.
- Penalidad moderada (4 a 8 años) e inhabilitación.

2. Artículo 362

- Tenemos aquí una figura compleja construida sobre la base de dos modalidades típicas: **a)** ostentación de insignias y distintivos; y **b)** arrogamiento de grado, título u honores no debidos. La consumación está condicionada al carácter público de la ostentación o del arrogamiento.
- Es un delito de actividad y peligro.

- Es de naturaleza comisiva activa.
- Mínima penalidad alternativa (no mayor de 1 año o prestación de servicios a la comunidad).

3. Artículo 363

- El verbo rector es *ejercer profesión.*
- Tipo penal simple.
- Consumación de carácter instantáneo que puede asumir permanencia.
- Delito de actividad y peligro.
- De naturaleza comisiva activa, no admite modalidad omisiva.
- De apreciable penalidad en el contexto comparativo con relación a otros Códigos Penales (de 2 a 8 años).

4. Artículo 364

- Estamos ante una construcción típica irregular, que ha elevado a figura penal autónoma un caso de complicidad primaria.
- Delito de actividad y peligro, de consumación instantánea de naturaleza comisiva, no es admisible forma omisiva.
- Usualmente, en el contexto comparado es considerado una infracción administrativa.
- Baja penalidad (de 2 días a 4 años e inhabilitación).

1

USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Usurpación de funciones: objeto material de la acción: 1. Primer caso. 2. Segundo caso (ampliación del anterior). 3. Tercer caso. 4. Cuarto caso. **VI.** Comportamientos típicos. **VII.** Primera modalidad delictiva: Usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales: 1. El contenido de la usurpación: la función pública. 2. La acción de usurpar sin título o nombramiento. 3. Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes. **VIII.** Segunda modalidad delictiva: el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo. **IX.** Tercera modalidad delictiva: el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene. **X.** Elemento subjetivo. **XI.** Consumación y tentativa. **XII.** Penalidad. **XIII.** Circunstancia agravante: prestar resistencia o enfrentarse a las fuerzas del orden. **XIV.** Participación. **XV.** Concurso de delitos. **XVI.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causales de justificación. 3. Causales de exculpación. **XVII.** Imputación objetiva. **XVIII.** Jurisprudencia. **XIX.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918). 3. Portugal (1982). 4. Italia (1930). 5. Francia (1810). 6. Puerto Rico (1975). 7. Colombia (1980). 8. Colombia (2000). 9. España (1995). 10. Suiza (1937). 11. Alemania (1871).

Artículo 361: *«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» (texto según la

modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Ley N° 25444, publicado el 23/04/1992).

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa se halla en el artículo 320 del Código Penal de 1924[455], que regulaba esta figura penal en tanto una modalidad de delito contra la autoridad pública.

La fuente legislativa que definió el modelo nacional de usurpación de funciones está representada por el artículo 246 del Código Penal argentino de 1921, el mismo que toma sus fuentes en el Código de 1887 y en el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor de 1867. Igualmente se aprecia la influencia del Proyecto de Código Penal Federal suizo de 1918 (artículo 256) y en parte de la legislación penal española.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El tipo legal conserva similitud con el diseño del Código Penal de 1924, que con algunas diferencias continúa en lo esencial el modelo establecido en el Código Penal de 1863, de mayor cercanía con el modelo argentino de usurpación de funciones.

El tipo actual ha incorporado dos circunstancias agravantes –prestar resistencia y enfrentarse a las fuerzas del orden– que no habían sido contempladas en el Código de 1924. Así también ha suprimido el componente finalístico *«con ilícito propósito»* que definía la figura de la usurpación de funciones del Código derogado. El modelo del artículo 361 condensa un tipo penal complejo y casuístico, que, a diferencia de la fuente argentina (artículo 246), ha integrado comportamientos típicos diversos separados por el disyuntivo *«o»*.

(455) Código Penal de 1924, artículo 320: *"El que con ilícito propósito usurpare una función pública sin título o nombramiento, o la facultad de dar órdenes militares, o el que hallándose destituido o suspendido de un cargo continuare ejerciéndolo, o el que ejerciere funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene, será reprimido con prisión no mayor de dos años e inhabilitación conforme al inciso 143 del artículo 27 por doble tiempo de la condena".*
Código Penal de 1863, artículo 166: *"Usurpa autoridad:*
1. El que ejerce funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente;
2. El que hallándose destituido o suspenso de un cargo público, continúa ejerciendo las funciones anexas a él;
3. El empleado público que ejerce atribuciones que no le competen por ley;
4. El juez o tribunal que ejerce jurisdicción, contraviniendo a lo dispuesto sobre esta materia por el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil o Penal".

A nivel de Derecho comparado, el Código Penal portugués (artículo 400) contiene la mención expresa al *«sin estar legalmente autorizado»*. El Código Penal alemán (artículo 132) enfatiza la ausencia de acreditación para desarrollar o asumir actividades propias del cargo público. El Código Penal colombiano regula una variedad propia de usurpación (artículo 425) mediante ejercicio, sin autorización legal, de funciones públicas y otra de simulación de cargo público (artículo 426); la primera, castigada con pena de prisión que va de 16 a 36 meses y la segunda con una pena que oscila de 2 a 4 años, que en este segundo caso se duplica si la conducta se realiza con fines terroristas. El Código Penal español de 1995 nos ofrece una fórmula escueta y ágil que hace depender la ilicitud penal del hecho de que los actos de la autoridad o del funcionario se ejerzan ilegítimamente(456). El tipo penal de usurpación de funciones en el Código español está ubicado en el rubro de las falsedades, continuando una tradición histórica en su legislación penal que enfatiza el componente engaño, y que en el Perú ha sido destacado por ABANTO VÁSQUEZ(457).

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto jurídico de protección genérica de la norma penal es el correcto funcionamiento de la Administración Pública. El objeto jurídico específico de tutela reside en garantizar la exclusividad o monopolio estatal y/o democrático en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas concedidas a los agentes públicos, lo cual implica asegurar su legalidad y preservarlo de perturbaciones o desnaturalizaciones que afecten su prestigio y funcionalidad. De permitir o tolerar dichos comportamientos el Estado y, dentro de él, el Derecho Penal como manifestación estatal de control, se obtendría un cuadro de deslegitimación enervante de la majestad de la función pública y su autoliquidación, que afectaría seriamente las bases de configuración de una Administración Pública moderna y la afirmación del principio de autoridad.

También ha sido visto el delito en su carácter pluriofensivo para señalar que, además del perfil central del objeto jurídico tutelable, también

(456) Un estudio más amplio de los aspectos históricos, así como un análisis del tipo acompañado de la doctrina sobre el tema, véase en GARCÍA NAVARRO, Edward: «La imputación en el delito de usurpación de funciones. Análisis del artículo 361 del Código Penal», en *Actualidad Jurídica*, N° 142, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2005, p. 85.

(457) Señala ABANTO VÁSQUEZ: «Aunque el tipo penal no lo diga expresamente, el término "usurpar" denota automáticamente también un elemento de "falsedad": la "atribución de carácter oficial" de la conducta del sujeto activo; en este elemento se manifiesta el engaño que sufre el que soporta la actuación del usurpador. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: cit., p. 109.

pueden concurrir afectados otros intereses como, por ejemplo, la fe pública[458]. García Navarro, recogiendo doctrina argentina, considera que lo que es objeto puntual de protección radica en la exclusividad y la legitimidad de la función pública (*exclusividad*: titularidad, competencia e idoneidad para el ejercicio de la función pública; *legitimidad*: legalidad de la función)[459]. Arisméndiz Amaya se orienta, igualmente, recogiendo doctrina argentina, por la legalidad del ejercicio de la función pública, en cuanto la competencia e idoneidad de quien actúa o puede actuar ejerciendo una función pública[460]. Salinas Siccha participa igualmente del criterio de que es la legalidad de la función pública el bien jurídico protegido específicamente[461].

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo:

- Cualquier persona particular (primer supuesto típico).
- Un funcionario destituido, cesado, suspendido o subrogado (segundo supuesto).
- Un funcionario en actividad que invade otras áreas funcionales (tercer supuesto).
- Los militares (con las reservas que surgen de lo dispuesto en el Código de Justicia Militar, artículos 193 al 197, en lo referente a la usurpación de autoridad).
- El funcionario *de facto*, que ejerce amparado por una causal de justificación o en situaciones provocadas o toleradas por la administración estatal no comete delito de usurpación de funciones o de autoridad.
- Cabe la autoría mediata y la coautoría.

(458) Véase García Navarro, Edward: «La imputación de la usurpación de funciones: delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares», en *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y criminología*, Lima, Ara Editores, 2005, p. 833.

(459) García Navarro, Edward: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Lima, Editorial Iustita, 2020, pp. 817 y 818.

(460) Arisméndiz Amaya, Eliu: *Manual de delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 108.

(461) Salinas Siccha, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Iustitia-Grijley, 2016, p. 74.

Es titular del *sujeto pasivo* del delito el Estado. Pueden existir sujetos agraviados complementarios distintos al ente estatal o público; así: particulares, asociaciones, personas jurídicas, etc., pero no constituyen los titulares del sujeto pasivo. Los funcionarios afectados igualmente no son el sujeto pasivo del delito. Es debatible que la sociedad sea el sujeto pasivo o el titular directo agraviado.

V. USURPACIÓN DE FUNCIONES: OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

Cuando se trata de precisar el objeto material de este delito, compuesto por varias acciones típicas, de inmediato surge la interrogante de si usurpar funciones es lo mismo que usurpar el cargo, atribuciones o usurpar autoridad. Antes de abordar el tema, lo que queda claro es que el objeto de la acción ilícita hace referencia a funciones y no a servicios, por lo mismo, el núcleo del ilícito penal está circunscrito a las actividades inherentes a las funciones públicas, de modo tal que no será típico usurpar los ámbitos de competencia de los servidores públicos, esto es, de sujetos públicos en quienes no reside el monopolio de la función estatal. Se aprecia así una línea político-criminal de *ultima ratio* que razonabiliza la injerencia penal focalizandola en la usurpación de funciones.

1. Primer caso[462]

Alcaldesa provincial de Huaytará (departamento de Huancavelica, Perú), mediante resolución municipal, reconoce y autoriza al acusado, a fin de que ejerza el cargo de alcalde distrital, de Santiago de Quirahuara, hasta que se lleven a cabo las elecciones complementarias, al haber sido declaradas nulas las elecciones practicadas.

2. Segundo caso (ampliación del anterior)[463]

La misma persona, no siendo ya alcaldesa, extiende una credencial en la que dispone que siga el acusado ejerciendo el cargo.

En el primer caso, la Corte Suprema sancionó al acusado por delito de usurpación de autoridad al haber ejercido un cargo en forma ilegal, al no haber emanado el título de alcalde de la voluntad popular, ni haber sido nombrado ni reconocido como tal por el ente electoral. En cuanto a la

(462) Ejecutoria suprema de 3 de diciembre de 1997, Exp. N° 437-97-Ica.

(463) Ejecutoria suprema de 3 de diciembre de 1997, Exp. N° 437-97-Ica.

alcaldesa de Huaytará, en el primer caso cometió un típico delito de *usurpación de funciones*, mientras que, en el caso ampliado, al no ser ya funcionaria, sus actos graficaron *usurpación de autoridad.*

3. Tercer caso(464)

Sujeto que, fungiendo de ejecutor coactivo de la Sociedad de Beneficencia de Puno, se presenta en el domicilio de la empresa "Padilla Import" con el propósito de llevar a cabo un embargo decretado ilegítimamente sobre los bienes muebles de la referida; 5 días más adelante es recién autorizado mediante resolución de nombramiento. El hecho es calificado de delito de *usurpación de autoridad* por la Corte Suprema, al haber el acusado expedido auto que dispone el embargo sin contar con la calidad de ejecutor coactivo, siendo irrelevante para destipificar el hecho o actuar como justificante el nombramiento ulterior.

4. Cuarto caso(465)

Servidor público cesado que fingiendo ser asesor del Congreso sorprende a diversas entidades públicas, tiene acceso a la documentación oficial y realiza trámites administrativos. El hecho fue calificado por la Corte Suprema como *usurpación de funciones.*

De la lectura de los casos presentados, queda en claro las siguientes ideas: **a)** no toda usurpación de funciones es usurpación de autoridad; **b)** la usurpación de autoridad es un hecho ilícito circunscrito a cargos u oficios de relevancia y jerarquía; **c)** el sujeto activo del delito puede ejercer actos propios de una función pública sin haber usurpado en estricto el cargo u oficio; y **d)** se puede usurpar autoridad y funciones al mismo tiempo, si quien ocupa ilegítimamente el cargo lo ejerce mediante actos de autoridad o desarrollo de funciones. Comentando el artículo 132 del Código Penal alemán, que regula el delito de usurpación de cargo público, MEZGER nos dice: "La usurpación de funciones públicas no representa simplemente una intervención negativa en medidas adoptadas por la superioridad, sino la propia usurpación de un cargo público o de una acción inherente al mismo. En el segundo caso el autor no se da a conocer como funcionario público, pero hace algo que solo puede hacer un funcionario público"(466).

(464) Ejecutoria suprema de 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 6476-96-Puno.

(465) Ejecutoria suprema de 5 de marzo de 1998, Exp. N° 2294-97-Lima.

(466) MEZGER, Edmund: *Derecho Penal. Parte especial, Libro de estudio*, traducción de la 4ª edición alemana (1954) por Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 386.

Concluyendo, se puede decir 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. ***Usurpar autoridad*** necesariamente supone usurpar cargo. *Usurpar funciones* no necesariamente implica *usurpar el cargo*. Ambos casos son contemplados por la norma penal 361 del Código.

El artículo 361 contempla la usurpación de autoridad o cargo en los siguientes supuestos de hecho: **a)** usurpar la facultad de dar órdenes; y **b)** como modalidad subsumible, el supuesto de continuar ejerciendo el cargo no obstante haber sido cesado, suspendido, subrogado o destituido. El Código Penal peruano ha preferido usar el *nomen iuris* "usurpación de funciones" y no usurpación de autoridad, ampliando así el espectro posible de la ilicitud penal, aunque con una técnica de redacción legal criticable. Retomando esta última observación, hubiera sido preferible la construcción autónoma de los tipos penales de usurpación de autoridad y usurpación de funciones.

Es pertinente precisar que para que se configure el delito de usurpación de autoridad y/o funciones es necesario que el agente realice **actos compatibles con el cargo o la función** que usurpa[467], y no solo ello, sino que además dicha función sea preexistente y propia de un funcionario o autoridad[468]. Así, no será usurpación de autoridad que un sujeto, haciéndose pasar por policía nacional, ejecute un cobro forzoso de soles, dado que el acto reputado de usurpación no es compatible con la función usurpada, sí, en cambio, que proceda a efectuar una detención de la persona que se niega al pago; tampoco quien, autoarrogándose la facultad de ejecutor coactivo, proceda a detener a una persona y llevársela a la Comisaría, sí, en cambio, sin detentar la calidad de ejecutor coactivo pretenda –incluso sin cumplirse los requisitos previos– accionar en vía de ejecución forzosa; igualmente, no habrá acto compatible si quien imputado de incurrir en usurpación de función o cargo de juez penal da inicio a la denuncia por comisión de delito, sí será acto compatible declarar una libertad provisional.

Habrá actos compatibles cuando se muestra carné de fiscal del Ministerio Público no poseyendo dicha titularidad y se procede a legitimar incautaciones de productos, lo cual supone tres implicancias de importancia al momento de interpretar este apartado del tipo penal: *en primer lugar*, que

(467) Ejecutoria suprema de 30 de setiembre de 1997, Exp. N° 5334-96-Lima.

(468) Véase al respecto Morillas Cueva, Lorenzo (director): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1098.

no basta la sola autoarrogación efectuada por el sujeto activo de un ámbito de actividades oficiales si ella no va acompañada de actos materiales propios de la función usurpada –cautivos o exclusivos reservados a los funcionarios públicos o en específico a un determinado funcionario–; *en segundo lugar*, que dichos actos sean tales, es decir, deben estar materialmente realizados, a fin de no confundir esta figura con supuestos distintos de estafas, secuestro, coacciones, autojusticia, daños, hurtos, etc., producidos bajo la apariencia de usurpación de funciones de las que se aprovecha el agente. Asimismo, MUÑOZ CONDE señala que el mero ejercicio de actos de una autoridad o funcionario, sin atribuirse tal carácter, no constituye este delito[469], completando esta última precisión la tercera implicancia aludida. En la misma idea y reforzándola, la Sentencia del Tribunal Supremo español (STS) N° 590/2016, del 5 de julio, indica que "el comportamiento delictivo exige no solo que el autor realice los actos adecuados a una autoridad o funcionario público con una cierta persistencia como para ser tenida como real la calidad que se atribuye, sino que los actos que se ejecuten sean los atribuidos a una autoridad o funcionario público por una disposición legal o reglamentaria o que, aún sin estar definidos normativamente como propios, sean de los comúnmente efectuados por la autoridad o funcionario público cuya condición se atribuye y no se tiene, de manera tal que el engaño que sufre el que se relaciona con el falso funcionario está sustentado sobre la actividad funcionarial que efectivamente realiza el sujeto activo del delito. Se precisa además que el sujeto efectúe los actos, consciente de que se atribuye una calidad y de que no la ostenta".

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal 361 contiene tres comportamientos típicos diferentes, cada uno de los cuales configura un supuesto de hecho distinto:

1. Usurpar (sin título o nombramiento) una función pública, o usurpar la facultad de dar órdenes militares o policiales; es decir, en este segundo caso, usurpar autoridad.

   Los verbos rectores son *usurpar, dar órdenes.*

2. El funcionario o servidor que habiendo sido destituido, cesado, suspendido o subrogado continúa ejerciendo el cargo.

   El núcleo rector es *continuar ejerciendo.*

(469) MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 675.

3. El que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene.

El verbo rector es *ejercer.*

VII. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: USURPAR UNA FUNCIÓN PÚBLICA O LA FACULTAD DE DAR ÓRDENES MILITARES O POLICIALES

1. El contenido de la usurpación: la función pública(470)

La función pública es el elemento normativo que constituye el contenido u objeto de los actos ejecutivos de usurpación. ABASTOS HURTADO, comentando el artículo 320 del Código Penal de 1924, se preguntaba si el objeto de la acción ilícita comprendía cualquier función pública o solo aquellas dotadas de potestad o mando. Consideraba el profesor de Derecho Penal en la Universidad Mayor de San Marcos que por la generalidad del concepto hacía pensar que la ley se refiere a cualquier función pública(471).

Función pública(472) es para Sebastián SOLER la actividad de un funcionario como órgano actuante de la voluntad del Estado, por modesta que sea la esfera de su actividad, de manera que quedan excluidas las funciones subalternas en las cuales no es posible discernir contenido alguno de acto público u oficial, no obstante ser cumplido normalmente por un empleado (ordenanza, chofer)(473). Francesco ANTOLISEI, después de poner de manifiesto las diversas teorías al respecto(474), concluye afirmando que la característica principal de la función pública es la representatividad del ente público y, más precisamente, el poder de formar o concurrir a formar la voluntad de la entidad misma y de representarla en la ejecución de tal voluntad.

Para MAGGIORE, función pública, en una conceptualización extensiva, es toda actividad que realiza los fines propios del Estado, aunque la

(470) Al respecto véase *supra*, Tomo I, p. 56 y ss.

(471) ABASTOS HURTADO, Manuel: Derecho Penal, II Curso, cit., p. 204.

(472) Véase con mayor amplitud un desarrollo del tema *supra*, Tomo I, p. 56 y ss.

(473) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978, T. V, p. 128.

(474) ANTOLISEI, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, Milano, Giuffrè, 1954, Vol. II, pp. 597-599.

ejerzan personas extrañas a la Administración Pública[475]. MANZINI[476], en cambio, indica que no toda actividad que se desarrolla en interés público, o cuyo concurso considere indispensable el Estado para la actuación de un interés público, es por ello función pública, sino únicamente aquella que el Estado ha reservado exclusivamente a los propios órganos esenciales o auxiliares, o que no pueda ser ejercida por los particulares sin especial concesión o autorización hecha en los casos de necesidad[477].

La naturaleza de la función pública alude así a la actividad pública reservada a determinados agentes o sujetos especialmente investidos que representando al Estado actúan a nombre de él para el logro de los fines estatales. El carácter público de la función implica que la voluntad ejercitada por dichos agentes es la voluntad del ente estatal, sea que se trate de funcionarios de carrera o que participan en la función pública. En el caso de actividades de función pública que excepcional y transitoriamente son concedidas a la iniciativa privada, las mismas no adquieren por ello naturaleza privada[478].

La relevancia de los actos de la función pública. En la doctrina argentina, Carlos CREUS ha sostenido que no cualquier tarea asumida por la administración estatal será función pública en el sentido de la figura penal. Y tal precisión es correcta, debiéndose precisar que para la concreción o realización de una función pública existen actos previos que la van formando o posibilitando (labor de los auxiliares y secretarios administrativos, de los asesores, etc.), que no son funciones públicas en el sentido jurídico penal.

La extensión de la función pública. Son considerados funciones públicas los actos de autoridad o de funcionario (uso de poderes y facultades decisorias inherente al cargo, que cubre una abundante gama de actividades. Así, los de gestión (planeamiento y configuración de las funciones y servicios públicos), los de representación de la entidad, como también los actos de certificación oficial (de cancillerías y consulados, notarios públicos, agentes de cambio oficiales), etc. Los actos de servicio público oficial complementarios a la función pública y que importen niveles altos o

(475) MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal. Parte especial*, Bogotá, Temis, 1955, Vol. III, p. 137.

(476) MANZINI define la función pública como el conjunto del pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos legislativo, administrativo y judicial, en relación al Estado, a las otras entidades públicas o a los súbditos, normalmente por obra de los funcionarios públicos, y excepcionalmente por la obra de particulares (*Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 9).

(477) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 8, Vol. III, p. 9.

(478) Véase MOLINA ARRUBLA, Mario: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Diké, 1995, p. 552.

intermedios de ejecución se hallan también en la amplitud textual del contenido de la función pública, no así los actos inherentes al de los servidores públicos y los de necesidad pública ejercidos o practicados con autorización estatal por particulares ajenos orgánica e institucionalmente a la administración estatal (abogados, médicos, ingenieros, etc.)[479]. Tampoco son funciones públicas las religiosas o los servicios públicos cubiertos por empresas privadas o particulares. Carecen de relevancia para definir la función pública la temporalidad menor o mayor de la misma.

2. La acción de usurpar sin título o nombramiento

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; **b)** ejercer funciones o servicios oficiales relevantes que no le competen al agente. En la primera acepción jurídico-penal, el sujeto activo del delito se autoarroga sin derecho titularidades cautivas, dignidades u oficios, colocándose de hecho en un estado de disponibilidad para ejercer funciones de contenido público. En la segunda, el sujeto activo de delito actúa *de facto* como funcionario público, es decir, decide, firma desarrolla actos inherentes a un cargo que no posee legalmente. Ambos contenidos ilícitos pueden darse juntos o separadamente[480]. Se tiene así tanto una noción de usurpación de injerencia arbitraria como de ejercicio igualmente arbitrario, que pueden darse conjuntamente y en sucesión de actos.

Usurpar es asumir arbitrariamente un cargo o ejercitar una función, es el ingresar sin derecho a detentar *de facto* poderes oficiales que no le pertenecen ni corresponden o que no forman parte de las atribuciones o competencias del agente. Si el acto o la atribución que se imputa usurpado no forma parte de la función pública ni del marco de atribuciones y competencias de un cargo público, no habrá acto de usurpación penalmente relevante; lo que nos lleva a interpretar que el delito de usurpación posee en su *ratio* legal la necesaria realización o ejercicio de actos compatibles con los de la

(479) Situación distinta es la de los procuradores del Estado, la de los consultorios jurídicos gratuitos del Estado o de los hospitales donde prestan servicios públicos personal médico a nombre del Estado, en el caso de los funcionarios a cargo de dichos entes públicos.

(480) Así, la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Apurímac de fecha 19/09/1996, Exp. N° 558-93: el hecho de que el inculpado intente detener a una persona mostrándole la orden judicial para su captura y realizando disparos al aire, constituye delito de usurpación de autoridad, al no tener facultades un particular para ello. No excluye de responsabilidad al inculpado el que haya sido Policía anteriormente ni que tuviera un proceso penal pendiente con la víctima, en tanto no contaba con autoridad para realizar detención alguna (en Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia* 1, Lima, p. 491).

función o cargo público usurpado, no bastando el considerarse o autoarrogarse –el agente– ser funcionario público. El usurpador, sea un particular o un sujeto público, efectúa una invasión no permitida por el ordenamiento jurídico ni aceptada por autoridad competente; lo que le permite afirmar a Alessandro TRINCI y Sara FARINI que entran en el concepto de usurpación penalmente relevante las hipótesis de incompetencia absoluta, en las cuales el sujeto activo ejercita un poder extraño al de su pertenencia(481).

PIERANGELLI, analizando la idea de arbitrariedad, que es ínsita a la usurpación, nos dice que se producirá este delito solo si el ejercicio no es consentido por el ordenamiento jurídico o por autorización implícita de autoridad, citando los casos extraordinarios de necesidad por acefalía, graves conmociones sociales o situaciones de guerra que imposibilitan que los funcionarios públicos cumplan con sus funciones; supuestos en los cuales el particular, movido por fines altruistas de evitar mayores daños, ejerce *ex vi legis* funciones públicas, las mismas que no podrán ser consideradas delitos al hallarse justificadas(482).

Dos son las legislaciones comparadas, paradigmáticas, que hacen uso del verbo "usurpar" en sus respectivos tipos penales, el Código Penal suizo (artículo 287), que lo restringe al ejercicio de funciones públicas; y el Código Penal italiano (artículo 347), que brinda protección tanto al ejercicio de la función como del empleo público. En la doctrina italiana, por "usurpar" entienden DELPINO y PEZZANO cuando el sujeto activo arbitrariamente toma posesión del cargo en el que se ejercen funciones o atribuciones, o realiza arbitrariamente uno o más actos de ejercicio de tales funciones o atribuciones, no bastando la simple atribución del título o de la calidad. Se puede, en síntesis, correctamente afirmar que la usurpación se identifica con la autoatribución –sin título– de una función pública o de un empleo público, en ausencia de cualquier consenso, aunque tácito, de la Administración Pública(483). FIANDACA y MUSCO, por su parte, indican: "El concepto de usurpación, implica una arbitraria ocupación de algo que, sin ningún título –de hecho o de derecho– es referible al sujeto. Del mismo modo, usurpa una función, el funcionario público que ejerce un poder del todo extraño a los de su cargo u oficio (incompetencia absoluta). La usurpación, por lo tanto, presupone una arbitraria asunción y un

(481) TRINCI, Alessandro y FARINI, Sara: *Compendio di Diritto Penale. Parte speciale*, Roma, DIKE Giuridica Editrice, 2015, p. 152.

(482) PIERANGELLI, Jose Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte especial*, 2ª edição, São Paolo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 880.

(483) DELPINO, Luigi y PEZANO, Rocco: *Manuale di Diritto Penale, Parte speciale*, XXIV Edizione, Napoli, 2017, p. 147.

arbitrario ejercicio del contenido de un poder o una atribución, más allá de cualquier consentimiento, incluso tácito de la Administración Pública y de la existencia de un acto, incluso uno defectuoso, que legitime la conducta de la persona que actúa"[484].

Esta modalidad delictiva de usurpación generalmente la comete el particular, pero igualmente puede ser autor el servidor público que usurpa función que no posee. Así, el efectivo del INPE que efectúa una intervención para detener a persona que se encuentra al interior de un restaurante[485]. Se puede discutir aquí este supuesto como una modalidad de ejercer funciones de cargo diferente al que tiene el agente; sin embargo, el personal del INPE no actúa aquí en virtud de un cargo, dada su condición de servidor público.

La preexistencia de la función pública es una premisa necesaria para que se pueda configurar el tipo penal. En la vastísima variedad de funciones que la administración estatal provee a sus agentes, la función usurpada debe existir[486], aunque no exista funcionario en el lugar y el momento. De modo tal que, por ejemplo, la persona que en zona alejada o inhóspita administra justicia y ejecuta penas está con ello subsumiendo su comportamiento en la tipicidad del delito de usurpación de funciones jurisdiccionales, no pudiendo alegarse que, al no existir juez en la zona, ello destipifique tal conducta[487]. La inexistencia de función pública, esto es, la falta de correspondencia de los actos que se reputan usurpados con los establecidos en calidad reglada o discrecional por la Administración Pública, abonan supuestos de atipicidad objetiva, al carecer el acto imputado de la

(484) Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo: *Diritto Penale. Parte speciale*, Volume I, seconda edizione, Bologna, Zanichelli, p. 315.

(485) Véase ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios de Lima del 26 de setiembre de 2000, Exp. N° 5484-98.

(486) Dicha frase, aparentemente tan obvia y pacífica, sin embargo, ofrece reales problemas de interpretación. Se entiende que las funciones de los funcionarios públicos se hallan determinadas en las respectivas leyes orgánicas y reglamentos de los entes administrativos, de forma tal que solo serán funciones públicas las establecidas en las leyes de la materia. Entonces, surge la interrogante ¿funciones públicas son todas aquellas taxativamente contempladas en la norma, o existen otras no estipuladas expresamente y que surgen en el desarrollo del ejercicio del cargo? La respuesta no es sencilla, en todo caso, los nuevos marcos de competencia oficial que surjan del desarrollo de las relaciones internas o de Derecho Público internacional son, usualmente, normativizadas de inmediato por el Estado.

(487) En dicho caso, distinta es la situación si se aduce causas de justificación o estado de necesidad exculpante, o, si se quiere ir más hondo, aducir causas histórico-sociológicas que expliquen y legitimen socialmente una deficiencia jurisdiccional, más allá de los parámetros normativos. Esta última acotación es lo que explica las características y legitimación constitucional del artículo 149 de la Constitución Política del Estado que crea una jurisdicción especial para las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

exclusividad oficial que sustenta la intervención punitiva para proteger el bien jurídico.

Franz Von Liszt, analizando los alcances del artículo 132 del Código Penal alemán[488], precisa que la intromisión en una función pública es el ejercicio sin calidad de una función pública, que puede darse incluso si el acto no cae dentro de la jurisdicción de la función usurpada[489].

Sin título o nombramiento implica la ausencia de la calidad formal oficial o electiva que sustenta la investidura del funcionario o servidor. En tal sentido, ***título*** es el documento que expiden los entes públicos a nombre de la Nación, facultando a los particulares el ejercicio de determinadas profesiones u oficios; como también la prerrogativa concedida por los electores en una elección o consulta democrática. Para los efectos de la interpretación penal inherente al delito de usurpación de funciones, también se toma como pertinente la segunda acepción.

El artículo 402 del Código Penal español no hace referencia al título o nombramiento, sino a ejercer *ilegítimamente* el agente actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial. Esto ha permitido a la doctrina española considerar, desde Viada y Vilaseca hasta Escobar Jiménez, de la mano de la jurisprudencial del Tribunal Supremo, que "para que proceda la calificación de este delito, no basta que se finja uno autoridad o funcionario, sino que es preciso haber ejercido un acto propio de esos cargos, atribuyéndose el que los ejecuta carácter oficial". "La atribución de carácter oficial significa aparecer como una autoridad o funcionario que está investido de poder para realizar los actos de que se trate. La asunción por el sujeto activo de esa función pública, ya sea manifestándolo oralmente o dándolo a conocer por actos, debe ser bastante para engañar al sujeto o colectividad ante los que se invoca"[490].

«Nombramiento» es el acto de la designación legal hecha por autoridad competente, con la observancia de las formas procedimentales del caso (por resolución oficial, suprema, ministerial, directoral, administrativa, por orden de autoridad, etc.), para el ejercicio de un cargo o comisión.

Usurpar una función pública sin título o nombramiento es, así, el comportamiento arbitrario que consuma a nivel típico la figura delictiva. No

(488) Vease "Legislación extranjera".

(489) Von Liszt, Franz: *Traité de Droit Penal Allemand*, Tome II, Partie speciale, Traduit sur la 17 edition 1908 par René Lobstein, París, M Giard & E. Briere Libraires-Éditrurs, 1913, p. 422.

(490) Escobar Jiménez, Rafael: "De las falsedades", en Del Moral García, Antonio (director): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Granada, Editorial Comares, 2018, p. 2433.

interesa la forma como realice el autor la usurpación, ya sea violentamente (situación que podría generar concurso con otros delitos) o por medios pacíficos, mediante engaño o fraude; 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, como resume CREUS[491], la autoatribución dolosa del cargo o la realización del acto funcional, criterio que igualmente establece la dogmática penal alemana; así: VON DALLMEYER y RACKOW, CRAMER, FISHER, entre otros, es decir, que el agente se comporte como si estuviera ejerciendo los deberes y poderes de una posición oficial[492].

Contrariamente, no habrá usurpación de funciones en la simple proclamación de las mismas o en ejecutar actos similares sin la voluntad de actuar en calidad de funcionario (el que invoca ser Presidente de la República o regidor de una comuna, el que dirige el tránsito en una situación de congestión, el que asfalta una calle o construye un monumento sin atribuirse la calidad de alcalde, etc.). El dolo, es decir, la voluntad y conocimiento de la tipicidad del hecho, es así fundamental en el delito de usurpación de funciones[493].

Los títulos o nombramientos defectuosos e 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 realizados por el nombrado o titulado bajo tal situación serán irrelevantes penalmente (tal figura administrativa es la llamada situación del funcionario *de facto*). Igual situación resulta para el nombramiento ejecutado por autoridad incompetente.

Al tipo penal no le ha bastado hacer mención del nombramiento, sino que ha incluido la falta de título como premisa previa para otorgar relevancia penal a la conducta ejecutiva de la usurpación. Y ello encuentra explicación, según SOLER[494], porque el tipo no alude necesariamente a usurpar la función que desempeña un funcionario, sino al ejercer funciones públicas, y estas pueden ser cumplidas, a veces, por particulares (piénsese, por ejemplo, en los presidentes de mesas electorales).

(491) CREUS, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial,* Buenos Aires, Astrea, 1990, T. 2, p. 248.

(492) DALLMEYER, Jens y RACKOW, Peter: "Siebenter Abschnitt Straftaten gegen die öffentliche Orddnung", en HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, München, C. H. BECK, 2018, p. 1210. Ídem, CRAMER, Peter, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 Auflage, München, C. H. BECK, 1997, p. 1122.

(493) En tal sentido, la ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97-Lima.

(494) SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 129.

Un caso especial que resultaba muy debatible era el de los particulares (obviamente, sin título ni nombramiento) que detienen *in fraganti* a sujetos que cometen actos delictivos y lo conducen a la dependencia policial[495] y que eran imputados de estar incursos en usurpación de autoridad. Si bien no existe norma constitucional o legal –hasta antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal– que regule expresamente dicha facultad excepcional concedida al ciudadano, como sí sucede en otras legislaciones, abonar una posición afirmativa de delito supondría alejar de la ciudadanía la idea de cooperación y solidaridad en la lucha contra la delincuencia y, por lo mismo, devendría inconveniente político-criminalmente. La puesta en vigencia del artículo 260 del Código Procesal Penal del 2004 permite ahora ya encontrarle un sustento normativo a dicha facultad ciudadana, siempre que la misma sea objeto de regulación reglamentaria específica que precise los detalles y fije los límites a efectos de no convertir dicha facultad en desbodante y/o arbitraria.

Otro caso igualmente opinable es el de los dirigentes de comunidades y rondas campesinas cuando se autoarrogan facultades judiciales y establecen sanciones que escapan del marco consuetudinario que la Constitución Política les permite. El tema es espinoso y debe ser tratado caso por caso para apreciar supuestos probables de usurpación; no obstante la tendencia muy fuerte en las altas instancias judiciales de dejar todo bajo el marco comprensivo del artículo 149 de la Carta Magna y de criterios jurisprudenciales que se aprecian en diversas ejecutorias supremas penales y los alcances del Acuerdo Plenario 1-2009 del Pleno Jurisprudencial de las salas penales de la Corte Suprema.

3. Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes

Los que sin título o nombramiento usurpan la facultad de dar órdenes policiales o militares. Esta submodalidad es un caso típico de usurpación de autoridad, de largo trasunto histórico, por cuanto la norma ha puesto énfasis en la palabra *«facultad»*, es decir, en la potestad o prerrogativa de dar órdenes. La inclusión de esta modalidad comisiva fue tomada del proyecto de Código Penal suizo de 1918. Las órdenes militares o policiales deben tener contenido castrense, esto es, deben ser propias de la función militar o policial[496].

(495) Véase la ejecutoria suprema del 06/08/2001, Exp. N° 1563-2001-Tacna, que legitimó la intervención de personal de seguridad ciudadana que intervino a una persona que había sido denunciada por intento de rapto de menor. En SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, cit., p. 74.

(496) Véase la ejecutoria suprema del 22/01/2009, R. N. N° 1453-2006-Lima.

Señalan THORMAN y VON OVBERBECK, comentando el artículo 287 del Código Penal suizo, que ello ocurre cuando alguien asume el ejercicio de una oficina o mando militar a los que no tiene derecho, con acciones que solo pueden llevarse a cabo sobre la base de un poder real oficial o discrecional. Sin embargo, el solo aducir ser un funcionario u oficial o usar el uniforme todavía no permite presumir usurpación de cargo, sin perjuicio de la tipicidad de otro delito (...). Es necesario que el agente sepa que esta asumiendo un poder oficial o de mando(497). En la doctrina argentina reciente, es igualmente de consenso dicha orientación interpretativa; así, ABOSO: "No basta, por supuesto invocar *ad pompam vel ostentationem* un cargo, esto es, anunciar a sus amigos o en una charla de café su carácter de asesor gubernamental. Ni siquiera basta que el agente se presente como jefe ante los empleados, salude a todos y se vaya"(498).

La existencia del fuero castrense, donde a nivel de Código de Justicia Militar se castigan supuestos de hecho de usurpación de funciones(499) para el ámbito del personal militar y policial, deja entonces subsistente el procesamiento en el fuero común para los particulares que usurpen la facultad de dar órdenes de estricta incumbencia o competencia militar o policial.

No interesa qué tipo de órdenes se dé (a nivel de comando o de mandos inferiores), la jerarquización de las mismas no aumenta ni disminuye el injusto penal. Lo realmente relevante es que el particular ordene inmiscuyéndose en atribuciones de las que no goza, por carecer de título o nombramiento oficial. No se requiere que el particular se autoinvoque expresamente la posesión de cargo policial o militar.

No ha estado fuera de las previsiones analíticas de la doctrina tomar en consideración que esta modalidad de usurpación generalmente es una vía para la comisión de otros delitos que se ven facilitados por la autoridad que se deriva de la calidad funcional, el mando o cargo militar(500).

(497) THORMAN, P. y VON OVBERBECK, A.: *Das Schweizerische Srafgesetzbuch*, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen, Zurich, Schulthess & CO, 1979, pp. 407-408.

(498) ABOSO, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, 5ª edición, cit., p. 1343.

(499) Código de Justicia Militar del Perú, artículo 193: "*Cometen usurpación de autoridad los militares que indebidamente, asumen, desempeñan o mantienen o ejercen funciones correspondientes a otro cargo*".

(500) Así, véase ABASTOS HURTADO, Manuel: *Derecho Penal*. II curso, cit., p. 204. El caso de los maleantes que se figuran como policías para extorsionar a los incrédulos.

VIII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: EL QUE HALLÁNDOSE DESTITUIDO, CESADO, SUSPENDIDO O SUBROGADO DE SU CARGO CONTINÚA EJERCIÉNDOLO

Esta figura corresponde al funcionario que ha sido destituido, subrogado o cesado, y al funcionario que ha sido suspendido en el cargo(501). No se trata simplemente de un particular, sino exclusivamente de un funcionario que ha devenido en particular.

Continuar ejerciendo el cargo pese a haber sido destituido, cesado, suspendido o subrogado, plantea una disímil problemática de los efectos penales de la terminación del cargo o función pública cuando el sujeto activo arbitrariamente permanece o persiste practicando actos a nombre del Estado o simplemente se posesiona o aferra al cargo.

En *primer lugar*, es exigible la existencia previa y legítima de un cargo público ejercido por el sujeto activo. La *segunda exigencia* radica en la necesaria presencia de un proceso administrativo o causa legal que haya determinado la destitución, cese, suspensión o subrogación(502). Como *tercer presupuesto*, el principal para los efectos de la relevancia penal, deberá producirse la existencia de comunicación o notificación oficial (ajustada a la formalidad establecida) de la resolución que decide la medida de terminación definitiva o temporal de sus funciones al sujeto activo del delito. Este último presupuesto el tipo penal no lo menciona expresamente, pero es una condición inherente concordante con el principio de legalidad, tanto en materia administrativa como penal. Sin embargo, este tercer y principal elemento no resulta necesariamente exigible en los casos de *cese por ley* (alcaldes, presidentes, parlamentarios, contratados, comisiones ejecutivas con plazo definido de duración, etc.). Las concesiones de licencias no disciplinarias no son medios idóneos para acreditar la comunicación oficial de terminación. El simple aviso oficioso es una práctica administrativa irregular que para los efectos penales debe ser desestimado.

En el marco de tales presupuestos, continuar ejerciendo funciones públicas se constituye en un acto arbitrario injustificado y en una violación de la norma penal. Por otro lado, y como puntualiza Creus, si la función ha sido suprimida junto con la cesación en el cargo por el funcionario, no se da el delito; y si la función se asigna a otro cargo en el mismo momento, la

(501) Véase a modo de ilustración casuística la ejecutoria suprema de 5 de mayo de 1998, Exp. N° 229-97-Lima.

(502) La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su Reglamento (Decreto Legislativo N° 276, del 6 de marzo de 1984, y Decreto Supremo N° 005-90-PCM, del 15 de enero de 1990) rigen en la actualidad la normativa administrativa sobre cese y suspensión.

continuación en su ejercicio por el agente que ha cesado constituirá usurpación de funciones[503].

De continuar ejerciendo actos ejecutivos de función pública, el sujeto activo, por mandato de una ley que ordena su permanencia hasta el acto de toma de posesión por su sucesor, el comportamiento de dicho sujeto estará legitimado por una *causa de justificación*, al igual que en el caso de que permanezca en el ejercicio de funciones para evitar a la Administración Pública o al servicio un mal o perjuicio grave (figura esta última de *un estado de necesidad justificante*).

Todos los conceptos contenidos en el tipo penal y explicados a continuación contienen elementos normativos que encuentran definición legal en la normativa administrativa:

- ***Destitución***[504]. Es la separación del sujeto público de la esfera de actividades públicas o estatales, generalmente por medida disciplinaria grave o delictiva. La destitución le priva al agente de su calidad especial de funcionario o servidor. La Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D. Leg. N° 276) y su Reglamento (D. S. N° 005-90-PCM, del 15 de enero de 1990) regulan el procedimiento, las características y los efectos de la destitución.

- ***Cese***. Es un estado administrativo de carácter legal, por resolución administrativa o por aceptación de la renuncia. Existe cesación legal cuando se vencen los plazos fijados para el ejercicio del cargo. Se produce el cese por resolución administrativa cuando se dicta como sanción o como causa justificada de cese (artículo 186 del Reglamento del D. Leg. N° 276). La cesación o cese produce la terminación temporal o definitiva del cargo.

- ***Suspensión***. Se trata, al igual que la destitución, de 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 investigador.

- ***Subrogación***. Es una medida administrativa por la cual se sustituye al funcionario o servidor público por otro que lo reemplaza en la función o servicio.

(503) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 251.

(504) Véase ejecutoria suprema de 9 de noviembre de 1997, Exp. N° 5088-96-Lima.

IX. TERCERA MODALIDAD DELICTIVA: EL QUE EJERCE FUNCIONES CORRESPONDIENTES A CARGO DIFERENTE DEL QUE TIENE

Evidentemente, en esta modalidad de usurpación solo el funcionario público puede ser sujeto activo de delito. Se trata a todas luces de un caso de invasión en el ejercicio funcional de esferas de competencia de otro funcionario público, no poseídas por el agente. La figura ha sido equiparada en algunas legislaciones –por ejemplo, el artículo 162 del Código Penal de Colombia de 1980– con el abuso de función pública, donde se produce, según los doctrinarios colombianos, una extralimitación arbitraria(505). Sin embargo, en el modelo peruano no se puede hablar propiamente de una extralimitación o abuso, pues el sujeto activo especial (el funcionario) simplemente desarrolla ámbitos funcionales distintos que no son los suyos, lo que implica una variedad de usurpación de funciones, no, en rigor técnico, un abuso de función, como está concebido en otras legislaciones penales, además no puede ser igual el dolo de abusar del cargo que el de invadir áreas distintas de competencia, sin que ello implique negar que en una consideración amplia todos los delitos funcionariales, cometidos por el sujeto especial, sean formas de abuso de poder.

Se ejercen funciones que corresponden a cargo distinto del que se tiene cuando el sujeto activo, conociendo los límites de sus funciones, invade dolosamente y ejerce las atribuciones o facultades de otro cargo o cuando acepta ejercer otras funciones, a través de una delegación ostensiblemente ilegítima. Ello puede ocurrir, en determinados casos, por la insuficiente taxatividad de las leyes y reglamentos –situación muy usual en el Perú–(506) al fijar las funciones y alcances de las mismas; o por error invencible. Supuestos estos últimos que pueden exculpar al funcionario o quitarle la tipicidad al delito. VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, en esta línea de interpretación, llega a decir: "Ahora bien, pese a la existencia de los MOF y ROF que establecen la competencia de los cargos, si las competencias no están delimitadas exhaustivamente, entonces podría dar lugar a algún supuesto de error. De ser ese el caso, aún así, no podría sancionarse de tratarse de un

(505) Así, FERREIRA DELGADO, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1995, pp. 188-189.

(506) Resulta sintomático que FONTÁN BALESTRA, destacado penalista argentino, también sostenga para su país que sea una ficción el suponer que todos los actos que competen a la función pública tienen su asignación y deslinde señalado en alguna parte, y más aún dar por entendido que tal distribución de la competencia es siempre conocida (*Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, T. VII, p. 221).

error vencible, en tanto no está prevista una modalidad culposa"[507]. El estado de necesidad igualmente justifica la conducta.

Cuando la norma señala que las funciones usurpadas sean de cargo diferente al que tiene el funcionario imputado, pareciera que no está comprendiendo bajo esta modalidad el supuesto en que el imputado invade áreas iguales o similares de competencia, pero en otro ámbito de jurisdicción. Así, ejecutor coactivo de municipalidad distrital o provincial que pretende cumplir su función en distrito o provincia diferente a la de su jurisdicción. El funcionario tiene competencia, pero carece de jurisdicción. Igual caso se da con los jueces que ordenan embargos fuera de su jurisdicción territorial, careciendo de competencia o jurisdicción nacional[508].

Obviamente que, si las actividades que se reputan invadidas no tienen un destino público cautivo, no están regladas o se hallan en el ámbito discrecional del sujeto activo, no podremos hablar de conducta típica, configurando ello un delito imposible. Es frecuente en el ejercicio múltiple de funciones de los sujetos públicos que se entrecrucen actividades que se reclaman de competencia de más de un funcionario, sin que ello suponga actividad delictiva, sino más bien una deficiencia o falta de la debida previsión normativa de las leyes o reglamentos, que debe ser solucionada con exclusión de la injerencia penal.

La siempre poco pacífica confluencia de supuestos entre el abuso de autoridad por extralimitación arbitraria y usurpación de funciones por invasión de competencias ajenas se plantea con gran frecuencia en esta modalidad de delito de usurpación. Al respecto, es siempre oportuno recordar que el primer ilícito es un delito de abuso de funciones, donde el componente cognoscitivo del agente es consciente del acto abusivo y de la arbitrariedad que comete que resulta perjudicial a alguien distinto de la Administración Pública; en cambio, en la usurpación por invasión no hay, en rigor técnico,

(507) Vílchez Chinchayán, Ronald: "El delito de usurpación de funciones: un delito de elusión. Comentarios a propósito de la Casación N° 956-2016, Ancash", en *Gaceta Penal*, Tomo 123, setiembre 2019, Lima Gaceta Jurídica, p. 165.

(508) Véase la sentencia de apelación del 06/10/2017, N° 11-2016-Madre de Dios, Sala Penal Transitoria. La Corte Suprema consideró como un caso propio de esta modalidad de usurpación el hecho de haberse, el fiscal provincial, autorizado él mismo un viaje a la ciudad de Cusco para efectuar trámites administrativos, cuando quien tenía que hacerlo era el presidente de la Junta de Fiscales de Madre de Dios. Resulta bastante discutible la relevancia penal de este supuesto, que debió merecer tan solo tratamiento administrativo disciplinario. Véase también, el caso del fiscal provincial de turno que sin mandato judicial dispuso la detención por 11 días de un procesado por presunto delito de violación sexual, no siendo causa justificatoria de tal ilicitud la convalidación de la detención preliminar judicial producida 10 días después: sentencia de apelación del 15/02/2019, N° 11-2017-Loreto, Sala Penal Permanente.

acto abusivo ni arbitrario, sino una injerencia en competencia no poseída. En el abuso de autoridad, el funcionario es competente para realizar el acto funcional que se torna abusivo y lesivo por el modo como el sujeto público lo realiza (comete u ordena); en la usurpación por invasión, el acto no es funcional, pues carece de base legal para ser legitimado al tener su origen en un sujeto sin competencia, lo cual no quiere decir que el acto usurpado, en esta modalidad, no exista legalmente, si no solo que no le corresponde en la gama de competencias al sujeto activo del delito de usurpación. Como señala BUOMPADRE, el abuso de autoridad se apoya en la ilegitimidad sustancial del acto que se realiza, mientras que en la usurpación de autoridad el acto puede corresponder sustancialmente, pero su ilegitimidad deriva de la incompetencia del funcionario para llevarlo a cabo(509). Ahora bien, puede efectivamente suceder en determinados supuestos que el sujeto público cometa abuso de autoridad y conjuntamente con él actos de usurpación de funciones, en concurso real de delitos, con lo cual estará haciendo concursar su comportamiento con dos delitos de bien jurídico específico distinto, aunque integrados por el mismo bien jurídico genérico.

FONTÁN BALESTRA ubica a esta modalidad de delito simplemente como un caso típico de usurpación de funciones cometido por funcionario público(510). De darse el caso de practicar el sujeto público funciones públicas no asignadas específicamente a otro cargo, no habrá delito, constituirá simplemente una extralimitación administrativa.

No se requiere que exista necesariamente provecho ni perjuicio. En la mayoría de las veces, en los no siempre claros casos de usurpación de funciones cometidos por funcionario público, solo el análisis del dolo con el que actúa dicho sujeto activo permitirá diferenciar una conducta delictiva de una transgresión administrativa.

La **jurisprudencia de la Corte Suprema**, con relación a esta modalidad de usurpación ha considerado que: "Para determinar que el funcionario público ejerció funciones correspondientes a cargo distinto del que tiene, es preciso que las de él y las que corresponden a otro funcionario estén legal o reglamentariamente delimitadas. De modo que el autor ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste únicamente en que él carece de facultades para ese acto. No hay arbitrariedad, no hay abuso, sino incompetencia del órgano funcional" (Sentencia de Casación N° 956-2016, del 04/06/2019, Áncash, Sala Penal Transitoria).

(509) BUOMPADRE, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, cit., p. 121.

(510) FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 223.

X. ELEMENTO SUBJETIVO

Las tres modalidades del delito de usurpación de funciones son esencialmente dolosas, es decir, solo la presencia del dolo permitirá al juez, fiscal, abogado o analista jurídico orientarse en las no siempre pacíficas cuestiones de tipicidad que plantee el tipo penal complejo del artículo 361, sobre todo en las dos últimas modalidades sometidas a estudio.

El dolo necesario es el dolo directo(511). El agente debe actuar conociendo que desarrolla actos de usurpación, que lo hace arbitrariamente, esto es, sin que exista o posea una causal que legitime su comportamiento y con libre voluntad de consumar el delito. La no exigencia de propósitos específicos torna no exigible requerir, a nivel de la tipicidad subjetiva del delito, la concurrencia de elementos subjetivos adicionales al dolo.

El error de tipo invencible –frecuente en las últimas modalidades– hace atípico el delito(512).

La jurisprudencia del **Tribunal Supremo español** es bastante elocuente cuando establece que: "La persona se atribuye y pretende ostentar una condición personal de la que carece, bien en su acepción más plena de usurpación de estado civil, o en su vertiente más específica del ejercicio ilegítimo de actos propios de una autoridad o funcionario público, atribuyéndose un carácter oficial del que no se dispone o bien ejerciendo desde la función pública, actividades que están fuera de su competencia. Para que se pueda construir la figura de la usurpación de funciones se exige inexcusablemente la concurrencia de un elemento subjetivo conformado por el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa

(511) Resultan de interés los razonamientos inferenciales de los magistrados supremos para dar por acreditado el dolo en el delito de usurpación en un caso ya referido (Apelación N° 11-2007, del 15/02/2019, Loreto, Sala Penal Permanente), tomando en cuenta las circunstancias del hecho: (i) el imputado era un fiscal que había desempeñado dicho cargo durante más de una década; (ii) conocía de la privación de libertad del investigado; (iii) sabía que no había disposición judicial alguna que decretase su privación de libertad; (iv) era consciente de que no había puesto a disposición del juzgado al detenido para que el juez proveyese conforme correspondía a su competencia exclusiva; (v) conocía además que la situación jurídica del detenido *de facto* no había sido esclarecida; y (vi) sabía además de esta indefinición jurídica, pues le había sido advertida por el oficial a cargo de la comisaría donde se encontraba el detenido.

(512) La existencia de error invencible fundamentó la absolución del acusado que había sido condenado por una de las salas penales superiores del distrito judicial de Lima. El acusado, gobernador del distrito de San Luis de la ciudad de Lima, había desarrollado actos de su cargo con fecha 22 de noviembre de 1993, sin tener conocimiento que días antes había sido cesado mediante resolución prefectural que no le fue debidamente notificada. La Corte Suprema consideró que sus actos fueron desarrollados en el legítimo ejercicio de sus funciones que hasta el momento ostentaba, ya que no tuvo conocimiento de su real situación laboral (ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97-Lima).

que se deriva de la exigencia de un nombramiento ajustado a la normativa funcionarial para poder desarrollar unas determinadas funciones públicas. Esta intencionalidad debe quedar perfectamente perfilada en el relato de hechos probados y no puede extraerse, sin más, a todos los supuestos en los que un funcionario, que tiene unas determinadas competencias, se excede de las mismas, contando con la aquiescencia activa o simplemente permisiva de los responsables directos del funcionamiento de un determinado servicio administrativo" (STS N° 911/1999, del 9 de junio, Sala Segunda de lo Penal).

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Las tres modalidades delictivas contenidas en el tipo penal son de naturaleza comisiva activa de peligro, no requieren necesariamente un resultado lesivo o perjudicial a la Administración Pública. Las dos últimas modalidades asumen un relativo nivel de permanencia. Las tres modalidades típicas pueden ser catalogadas como delitos de peligro.

La primera modalidad (usurpación de funciones públicas sin título o nombramiento) se consuma al producirse la toma de posesión o el ejercicio de las funciones (la sola, firme y seria autoarrogación será insuficiente para configurar tipicidad por este delito), o al darse las órdenes de incumbencia policial o militar. La segunda modalidad (continuación ilegal en el ejercicio del cargo) se consuma con el hecho de la permanencia ilegal generada por la negativa a dejar el cargo.

La tercera modalidad (usurpación de funciones de competencia de otro cargo) se consuma cuando se practican o ejercen funciones fuera del ámbito de competencia del sujeto activo y que pertenecen a las atribuciones del ejercicio de otro cargo.

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[513]. En las otras modalidades, la admisión de tentativa se torna una posibilidad de realización muy conflictiva.

(513) Rige aquí lo dicho sobre la teoría general de la tentativa. Es decir, si el hecho es fragmentado, cabe la posibilidad de las diversas expresiones de tentativa.

XII. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 7 años, e inhabilitación de 1 a 2 años con privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, y con incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. Ambas penas son principales.

XIII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE: PRESTAR RESISTENCIA O ENFRENTARSE A LAS FUERZAS DEL ORDEN

Prestar resistencia a las fuerzas del orden, es decir, a la Policía Nacional[514], presupone que quien usurpa funciones o autoridad pública ofrezca oposición a las medidas dispuestas o ejecutadas por la Policía para impedir los actos ilícitos. No solo el sujeto activo debe desobedecer las órdenes de la Policía Nacional, sino que debe resistirlas, esto es, sin llegar a la violencia fáctica, no cesar en su empeño por asumir cargo o ejercitar funciones (resistencia pasiva).

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

La circunstancia agravante que aumenta el injusto del delito está redactada finalísticamente. En efecto, el uso de la proposición *«para»* permite entender *ex ante* dicha circunstancia, es decir, que la usurpación no debe todavía consumarse para que le sea aplicable la agravante punitiva. Si la resistencia o enfrentamiento se realiza *ex post*, esto es, durante el ejercicio de las funciones, la tipicidad del hecho será la del artículo 368, lo cual genera, como es fácil deducir, un cuadro contradictorio de tratamiento punitivo.

La concurrencia de esta circunstancia agravante eleva la pena privativa de libertad, la misma que oscilará de 5 a 8 años.

(514) Extensivamente puede considerarse a las Fuerzas Armadas, donde estas asuman la función reservada a la Policía Nacional, que por mandato constitucional tiene como tarea fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden público (artículo 166 de la Constitución del Estado peruano). Las Fuerzas Armadas igualmente se constituyen en fuerza del orden interno, en conformidad al artículo 137 de la Constitución, durante los estados de excepción, estado de emergencia y de sitio.

XIV. PARTICIPACIÓN

Por tratarse el sujeto activo del delito de un particular *per se* o devenido, en sus dos primeras modalidades (usurpar función y continuar ejerciendo), rigen en toda su extensión las reglas de la participación: complicidad e instigación. En la tercera modalidad (funcionario que ejerce funciones que no son de su competencia), al no tratarse de un abuso o extralimitación de funciones, la conducta de usurpación del funcionario queda igualmente asimilada a la de un particular, posibilitando, por lo mismo, sin mayores problemas la complicidad de terceros.

XV. CONCURSO DE DELITOS

Se presenta usualmente concurso con el delito de falsificación de documentos (artículo 427), así como con el de estafa (artículo 196). El particular que usurpa función pública o autoridad no puede cometer delito de abuso de autoridad ni ningún otro de naturaleza especial reservado a funcionarios y servidores, en todo caso, puede participar como cómplice en los delitos propios de estos.

XVI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Cabe el error de tipo invencible(515).
- Se producen causas legales de atipicidad cuando la ley otorga facultades funcionales a particulares, como en el caso de los árbitros o de las facultades jurisdiccionales a dirigentes comunales o de rondas campesinas(516). Igualmente, en el supuesto de participación ciudadana en la detención de personas in fraganti en la comisión delictiva(517).

(515) Ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97-Lima.

(516) Ejecutoria suprema de 7 de noviembre de 1997, Exp. N° 4160-96-Áncash.

(517) Véase ejecutoria suprema del 06/08/2000, Exp. N° 1563-2001-Tacna, Sala Penal. Detención de persona, conducida a la delegación policial, en mérito de una denuncia por intento de rapto, por personal de seguridad ciudadana. Se refiere que la persona se encontraba en actitud sospechosa. Resulta opinable lo que sostiene la argumentación de la Sala Penal Suprema en el sentido de que los "serenos" actuaron en cumplimiento de sus funciones y que la ley confiere la participación ciudadana, en el contexto de actitud sospechosa.

Igualmente hay atipicidad cuando no hay un acto compatible con la función o el cargo usurpados[518]: utilización de carné policial para no pagar pasaje de transporte urbano (ejecutoria suprema del 02/11/2000, R. N. N° 2375-2000-Lima).

Es un hecho atípico cuando los regidores convocan y presiden sesión ordinaria de concejo municipal después de la declaración de vacancia de alcalde municipal.

- No son supuestos que ingresen en el ámbito de significación de una función pública: la sucripción de autorizaciones para el ingreso-egreso a una dependencia pública, la entrega de expedientes para su lectura, manejar el vehículo público asignado a autoridad o funcionario, sentarse en la silla del juez o funcionario y desde allí efectuar llamadas telefónicas, ayudar a determinados funcionarios a cumplir sus funciones, entre otros supuestos. Tales ejemplos adolecen de tipicidad por delito de usurpación de funciones.

2. Causales de justificación

- El estado de necesidad.
- El obrar en cumplimiento de un deber.
- Obrar por orden obligatoria de autoridad.

3. Causales de exculpación

- El error de prohibición invencible.
- El que obra en estado de inimputabilidad.

XVII. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si la conducta de usurpación que asume el sujeto activo sirve para disminuir o alejar el riesgo de la comisión de delitos o, en general, de la producción de estados peligrosos para la seguridad de otros bienes jurídicos valiosos, no se afirmará la imputación objetiva por delito de usurpación de funciones; siempre y cuando una vez superado el peligro o el riesgo posible el sujeto cese en el ejercicio de la función o funciones arrogadas.

(518) El hecho de haberse encontrado un carné policial al interior del vehículo del procesado, no habiéndose acreditado que se haya identificado como policía: ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de junio de 1998, Exp. N° 137-98.

Supuestos en los cuales el agente ayuda al ejercicio de las funciones de los funcionarios públicos. Piénsese en ayudar a un efectivo policial a perseguir y capturar un delincuente o en contribuir a la búsqueda y devolución de bienes hurtados o robados, o en proporcionar una opinión al juez que lo solicita sobre un caso judicial, no constituyen objetivamente comportamientos de tipicidad del delito en estudio.

XVIII. JURISPRUDENCIA

"El artículo 361 es de tipo doloso, y como tal exige conciencia y voluntad de la realización típica, el agente sabe que ejerce una competencia funcional que la ley no le atribuye, y que está conferida a otro funcionario público. El autor en este delito realiza funciones que no corresponden a su cargo, sino que pertenecen a otro. Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue la usurpación de autoridad de los abusos de autoridad. El acto funcional corresponde a otro cargo y tiene que ser legítimo, de modo que el autor de este delito ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste, únicamente, en que carece de facultades para ese acto. No hay arbitrariedad ni abuso en el hecho sino incompetencia del órgano funcional" (sentencia de apelación del 06/10/2017, N° 11-2016-Madre de Dios, Sala Penal Transitoria).

"Para efectos de la configuración del referido tipo penal, es necesario que el agente asuma un determinado cargo público, y ejecute o desarrolle actividades inherentes a una función pública específica. Al analizar el núcleo del desvalor de este delito, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección de la norma, subyacente al tipo penal previsto en el artículo 361 del Código Penal. Por tanto, no cualquier actuación de quien se arroga una función pública es la que se sanciona, bajo esta modalidad típica, sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de la función pública. En otros términos, para la realización típica no es suficiente que el agente asuma la función pública como tal, sino que debe ejercitarla o ejecutarla en la esfera de las actuaciones administrativas" (sentencia de apelación del 15/02/2019, N° 11-2017-Loreto, Sala Penal Permanente).

XIX. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 246: *Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año e inhabilitación especial por doble tiempo:*

1. *El que asumiera o ejerciere funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente.*

2. *El que después de haber cesado por ministerio de la ley en el desempeño de un cargo público o después de haber recibido de la autoridad competente comunicación oficial de la resolución que ordenó la cesantía o suspensión de sus funciones, continuare ejerciéndolas.*

3. *El funcionario público que ejerciere funciones correspondientes a otros cargos».*

2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918)

«Proyecto de Código Penal Federal (1918), artículo 256: *El que con un fin ilícito usurpare el ejercicio de una función o la facultad de dar órdenes militares será castigado con prisión o multa».*

3. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 400:

1. *Quien, sin estar legalmente autorizado, ejerciere funciones o practicare actos propios de funcionario o de comando militar o de fuerza de seguridad pública, invocando esa calidad, será penado con prisión de hasta 2 años o multa de hasta 100 días.*

2. *En la misma pena incurrirá quien ejerciere profesión para la cual la ley exige título o cumplimiento de ciertas condiciones, arrogándose, expresa o tácitamente, poseerlo o cumplirlas, cuando, efectivamente, no las tiene o no las cumple.*

3. *En la misma pena incurrirá quien continuare ejerciendo funciones públicas después de haberle sido oficialmente notificada la cesación o la suspensión de esas funciones».*

4. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 347: *Cualquiera que usurpe una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público será castigado con la reclusión hasta de dos años.*

A la misma pena será sometido el oficial público o empleado, el cual habiendo recibido conocimiento de la disposición que hace cesar o

suspender sus funciones o sus atribuciones, continúa ejercitándolas. La condena importa la publicación de la sentencia».

5. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), artículo 197: *Todo funcionario público despedido, destituido, suspendido o legalmente entredicho, que después de haber tenido conocimiento oficial de la medida contra él tomada en el ejercicio de sus funciones, o que siendo activo o temporal las ejerciese después de haber sido reemplazado, será castigado con un* minimun *de 6 meses o un* maximun *de 2 años de prisión, y se le impondrá una multa. Se le prohibirá el ejercicio de toda función pública durante un periodo que no bajará de 5 años ni pasará de diez, a contar del día en que hubiese cumplido su condena; todo sin perjuicio de aquellas mayores penas consignadas contra los oficiales o comandantes militares por el artículo 93 del presente código».*

6. Puerto Rico (1975)

«Código Penal de Puerto Rico (1975), artículo 203: *Será sancionado con pena de reclusión que no excederá de 6 meses o multa que no excederá de 500 dólares o ambas penas a discreción del tribunal, toda persona que:*

a) Usurpare un cargo público para el cual no hubiere sido elegida o nombrada.

b) Habiendo sido empleado o funcionario público, obstinadamente ejerciere alguna de las funciones de su cargo, después de cumplido su término de servicio y elegido o nombrado su sucesor y llenado este las formalidades de su instalación».

7. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 161: *El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años».*

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 162: *El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término».*

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 163: *El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año.*

La pena se aumentará hasta en una tercera parte si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública».

8. Colombia (2000)

«Código Penal de Colombia (2000), artículo 425: *El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) meses a treinta y seis (36) meses».*

9. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 402: *El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años».*

10. Suiza (1937)

«Código Penal de Suiza (1937), artículo 287: *El que, con un propósito ilícito, usurpe el ejercicio de una función o el poder de emitir órdenes militares será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con una pena pecuniaria».*

11. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 132: *Usurpación de cargo público: El que, sin acreditación, desarrolle la actividad de un cargo público o asuma una actividad que solo puede ser asumida con la habilitación de un cargo público, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa».*

2

USURPACIÓN DE EMBLEMAS Y CALIDADES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos. **VI.** Primera modalidad delictiva: ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce: 1. La publicidad de la ostentación. 2. La ilegitimidad del acto de ostentar. 3. El objeto de la ostentación pública. **VII.** Segunda modalidad delictiva: arrogarse grado académico, título profesional u honores que no le correspondan. **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Imputación objetiva. **XI.** Penalidad. **XII.** Participación. **XIII.** Concurso de delitos. **XIV.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. 3. Causas de exculpación. **XV.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Italia (1930). 3. España (1973). 4. Argentina (1922). 5. Alemania (1871).

Artículo 362: *«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».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

No legislado en los anteriores Códigos Penales nacionales.

La fuente extranjera de la que se copió el modelo está constituida por el artículo 247 del Código Penal argentino: *«Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o ser arrogare*[519] *grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren».*

(519) En la redacción oficial del Código Penal argentino (artículo 247) equívocamente se consigna la palabra "abroga".

El Código Penal español de 1973, en su artículo 324, castiga igualmente al que usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, traje, insignia o condecoración, hábito eclesiástico o religioso[520]. Lo mismo hace el artículo 186 del Código italiano de 1889.

El Código Penal alemán de 1871, mediante su artículo 132 a, utiliza una redacción mas específica y casuística indicando expresamente los distintivos profesionales portados por el sujeto activo (médico, dentista, veterinario, abogado, etc. Véase "Legislación extranjera"), uniformes y distintivos administrativos.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El tipo legal ha sido objeto de cuestionamientos en la legislación y doctrina comparada tanto por su ubicación sistemática como por su escaso contenido de lesividad social. Esto ha motivado que otros Códigos Penales traten el tema a nivel del rubro genérico de falsedad (así, el Código italiano de 1930 en su artículo 498), o simplemente no le otorguen relevancia penal a título delictivo. A nivel de doctrina, BUSTOS RAMÍREZ, por ejemplo, es de la opinión de que, desde un punto de vista jurídico-penal, este tipo legal no tiene sentido y responde más a una sociedad jerarquizada por gremios, grupos sociales, castas, etc., es decir, a una sociedad feudalizada, y que, a lo sumo, podría configurar una infracción de carácter administrativo, pero no un motivo para una intervención penal criminal[521].

En el Derecho comparado, el Código Penal español de 1995 ha suprimido (decriminalizado) las referencias típicas del artículo 324 del Código de 1973. El Código Penal italiano vigente mantiene en el contexto europeo romanista una forma ortodoxa de dicha figura penal[522], castigando al que abusivamente lleva en público la divisa o signos distintivos de un cargo o empleo público, o de un cuerpo político, administrativo o judicial, o bien de una profesión para la cual es requerida una especial habilitación del Estado.

(520) Ver "Legislación extranjera".

(521) BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Manual de Derecho Penal Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 354. Véase en "Legislación extranjera" el artículo 324 del Código Penal español de 1973, sobre el cual se pronuncia BUSTOS.

(522) Véase "Legislación extranjera".

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objetivo de la tutela penal busca proteger a la Administración Pública en su exclusiva función de otorgamiento de emblemas, distintivos, títulos y honores oficiales, de la posibilidad de descrédito y vulgarización de dicho monopolio.

El Código Penal peruano no ha considerado expresamente a los uniformes o trajes oficiales como objeto material a proteger penalmente, mucho menos a los trajes y distintivos eclesiásticos. Tampoco a los distintivos o insignias de entidades privadas o particulares, o de entidades extranjeras o internacionales.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un funcionario, un servidor público o un militar que ostenta insignias o distintivos, los mismos que deben corresponder a alguna función o cargo público, o se arroga grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.

Titular del sujeto pasivo del delito es el Estado.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal abarca dos comportamientos delictivos diferenciados:

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

   El verbo rector es *ostentar.*

2. Arrogarse grado académico, título profesional u honores que no le corresponden.

   El verbo rector es *arrogar.*

VI. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: OSTENTAR PÚBLICAMENTE INSIGNIAS O DISTINTIVOS DE UNA FUNCIÓN O CARGO QUE NO EJERCE

El verbo rector *ostentar*, empleado para expresar el acto ejecutivo del delito, significa hacer patente o visible una condición o calidad[523], mediante

(523) En tal sentido, el llevar consigo dentro de sus ropas un carné y una placa insignia es insuficiente para acreditar la comisión del delito de usurpación de insignia y distintivos (ejecutoria suprema de 28 de noviembre de 1996, Exp. N° 399-95-B-Junín).

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

1. La publicidad de la ostentación(524)

Las insignias o distintivos mostrados por el sujeto activo tienen que llegar a conocimiento de un número plural de personas(525). No interesa si el sujeto los lleva encima de su ropa o a piel visible, o si los muestra; tampoco si es en lugar público o privado. 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(526).

El acto ejecutivo de ostentar insignias y distintivos públicamente es de naturaleza activa, inmediata, no omisiva. No es típico de la figura el hacer mención por radio, ni por cine, fax, televisión o medio electrónico sin el efecto de la muestra o exposición fáctica. Tampoco existe tipicidad si el agente muestra u ostenta ante una persona específica o un reducido grupo de personas allegadas.

Resulta de interés la precisión que efectúa CREUS(527) cuando enfatiza la importancia de la relación que debe existir entre la insignia o distintivo respecto del cargo público o la función pública, esto es, su carácter significativo. Así, llevar el fajín presidencial en la frente o ciñiendo el cuello

(524) Véase ejecutoria de 28 de noviembre de 1996.

(525) Véase la ejecutoria suprema del 29/11/2000, Exp. N° 367-2000-Lima, que declaró no haber nulidad en la condena de una persona sin tomar en cuenta el requisito de ostentación pública ni que el carné de policía con el que el sujeto activo intervino a un taxista para extorsionarlo carecía de validez (en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Tomo I, Lima, Idemsa, 2002, p. 655).

(526) Nos parece innecesaria la aclaración que hace CREUS a SOLER sobre el significado semántico del sustantivo *"notoriedad"*. Dice SOLER, si no existe notoriedad, esto es, la posibilidad de que la insignia o distintivo sea visto por un número indeterminado de personas, no existe este delito (*Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 133). Replica CREUS: "No es exacto que el tipo requiera la notoriedad de la portación, ni que la insignia o distintivo sean llevados necesariamente en un lugar público" (*Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 254). CREUS restringe el significado de la palabra notoriedad a una acepción no expresada por SOLER.

(527) CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 169.

no tendrán significación funcional y, por lo mismo, relevancia penal por el delito en estudio. Ídem, las estrellas de general en la espalda del suejto activo, más allá del irrespeto que ello supone.

2. La ilegitimidad del acto de ostentar

El alarde público hecho de las insignias o distintivos por el sujeto activo debe ser un acto arbitrario, esto es, sin que exista derecho alguno que ampare dicho comportamiento. El sujeto activo no es funcionario ni servidor público, careciendo por ello de las atribuciones de poder ostentar insignias o distintivos oficiales. Y en caso de ser funcionario o servidor, ostenta dolosamente insignias y distintivos que corresponden a un cargo que no es el suyo. Se trata así de un abuso de acción cometido e imputado al sujeto indeterminado.

3. El objeto de la ostentación pública

Son dos los objetos cuyo uso (y más propiamente su ostentación) está limitado o restringido penalmente:

1. ***Insignias***. Son señales o emblemas usuales u honoríficos de carácter oficial, esto es, de origen público, que acompañan al funcionario o servidor público, las mismas que son regularmente portadas o tenidas para sí en el desempeño funcional (así, las medallas de honor, placas, anillos, carnés y demás distintivos diversos de uso oficial), con indiferencia de que su portabilidad se produzca en el ámbito interno administrativo o en su exposición pública.

   Quedan fuera del tipo penal las insignias particulares o privadas (clubes, entidades deportivas, sindicatos, bancos, bandas de música, etc.).

   En la ejecutoria suprema de fecha 29/11/2000, Consulta N° 367-2000-Lima, el Tribunal Supremo nacional consideró 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 llevarlo a la comisaría, tal conducta debe sancionarse con arreglo a lo previsto en el artículo 362 del Código Penal. En sentido distinto, en la ejecutoria suprema del 11/01/1995, Exp. N° 3253-94-Lima, decidió que la sola tenencia del carné policial incautado al procesado, no existiendo prueba que haya utilizado dicho distintivo, no podía ser pasible de configurar el delito regulado en el artículo 362 del Código Penal.

2. ***Distintivos***. Esta palabra tiene una acepción literal más amplia, pero que, sin embargo, es utilizada en el contexto del tipo penal en estudio en un sentido específico. Si la insignia es una variedad de distintivo, la norma penal ha querido connotar con la denominación «distintivos» una idea bien focalizada: la noción de diferencia, para evidenciar las jerarquías, calidades o funciones distintas. En tal sentido, son distintivos los matices cromáticos de las fajas, el tipo de uniforme, la calidad y altura de la curul del magistrado, los galones y estrellas militares, los bastones de mando, las banderas o banderolas oficiales, etc.

   Ambos, insignias y distintivos, deben ser señales de uso oficial y propias de los funcionarios públicos detentores de un cargo o función; insignias y distintivos que los singularizan. Quedan fuera del tipo las insignias y distintivos particulares, así como las réplicas o falsificaciones de las mismas (el tipo penal en este caso será el de falsificación). La ostentación de distintivos e insignias de cargos o funciones extranjeras no ingresan al tipo penal[528].

   Tanto las insignias como los distintivos deberán estar reglamentados y definidos en sus caracterizaciones, de forma tal que cumplan con el requisito de su formalidad y naturaleza cautiva[529].

VII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: ARROGARSE GRADO ACADÉMICO, TÍTULO PROFESIONAL U HONORES QUE NO LE CORRESPONDAN

El particular, funcionario o servidor público, en esta segunda modalidad delictiva de la figura penal 362, se arroga públicamente grado, título u honor que no le corresponde. "Arrogarse", en los alcances del tipo penal, es darse a sí mismo, arbitrariamente, los valores enunciados en el tipo, autoatribuirse calidades no poseídas legalmente. Si es que otras personas, es decir, terceros, confieren o dan el trato que indican los componentes típicos, ello no constituye tipicidad de la figura en estudio. Se trata de un comportamiento de acción directa ejercido por el propio sujeto activo, no por acción de terceros (lo que podría generar la tipicidad del artículo 381).

(528) Al respecto, DELPINO, Luigi nos dice: "No responde del delito en examen, quien lleva abusivamente una divisa o un emblema de un Estado extranjero" (*Diritto Penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995, p. 475).

(529) Al respecto, véase CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial I*, Barcelona, Bosch, 1936, p. 256.

Esta modalidad es un delito de simple actividad, es decir, solo requiere que el autor ejecute la acción contenida en el verbo típico: el arrogarse sin derecho el grado académico, el título profesional o los honores correspondientes, para que se halle consumada la acción típica. Por lo tanto, ni el perjuicio, daño o lesión que cause el sujeto activo, si es que ejercita funciones derivadas de los grados o títulos que usurpa, son necesarios para definir el delito, pueden producirse, pero el delito se habrá ya antes consumado.

No se castiga penalmente con esta figura el ejercicio de actividades como el tinterillaje o curanderismo (artículo 363), sino tan solo la autoatribución de valores sociales formalizados u honores. Pero dicha autoatribución ilegítima debe ser también, como en el caso anterior, pública para ser delictiva; quedan fuera del tipo las autoatribuciones tácitas, soterradas, o de conocimiento de un número reducido de personas o que escapan al conocimiento público. El agente debe actuar haciendo expresa mención de ser, por ejemplo, abogado, ingeniero civil, médico, haber sido reconocido con la orden de la Gran Cruz o como doctor *honoris causa*, etc.

El agente puede servirse de diversos medios para la arrogación (anuncios radiales continuos, periodísticos, televisivos, vía internet, placas pegadas en su consultorio u oficina, etc.).

Que el sujeto activo alegue idoneidad intelectual o bondades personales no legitima con ello su comportamiento delictivo. Los fines que dirijan la actividad del sujeto activo del delito son irrelevantes para el Derecho Penal, así como el lugar y el momento en que se autoatribuye las calidades u honores. Ingresa dentro del tipo penal la situación de los profesionales o graduados, cuyos títulos o grados han sido cancelados por orden judicial.

a) ***El grado académico.*** Es el título o calidad académica otorgada por las universidades públicas o privadas, y entidades autorizadas, quienes lo confieren a nombre de la Nación. Los grados académicos de nivel inferior a superior en el Perú son el bachillerato, la maestría y el doctorado. El primero es el requisito necesario y previo para el título profesional o licenciatura. El segundo es un posgrado que deja expedito al profesional para la docencia y la investigación a alto nivel. El doctorado es la máxima prerrogativa académica que otorga la universidad.

b) ***El título profesional.*** Es el instrumento oficial conferido por las universidades e institutos de educación superior a nombre de la Nación, luego de estudios y exámenes superados académicamente y que habilitan o permiten al profesional ejercer su carrera, arte u oficio. Constituye la habilitación formal para el ejercicio de la

carrera o profesión. Incluye a los títulos otorgados en el extranjero y convalidados en el país con la observancia de las respectivas formalidades. La norma penal peruana ha circunscrito el título al terreno profesional, a diferencia de otras legislaciones que lo extienden a otros ámbitos.

Se trata de un instrumento o certificación de naturaleza pública que autoriza el ejercicio de las calidades profesionales o técnicas que están sujetas a reglamentación (la Sunedu –o Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria– cumple la función de administrar el Registro Nacional de Grados o Títulos), dada la importancia y utilidad de sus cometidos. O, como dice SOLER, de profesiones reglamentadas con sentido de exclusión de la libre competencia de quienes no poseen ese título(530). En la doctrina extranjera, DELPINO, para el caso de Italia, enumera los siguientes ámbitos reglados, cuya arrogación de título genera tipicidad del delito en estudio: 1) el título de médico; 2) el de geómetra, ingeniero, o perito; 3) el título de magistrado; 4) de carabineros, guardias de finanzas; 5) de abogado; y 6) de profesores(531).

No ingresan al tipo penal los títulos otorgados por entidades privadas o particulares no hechas a nombre de la Nación, ni los títulos o certificaciones de oficios o carreras técnicas no reglamentadas de exclusividad en el ejercicio.

El título profesional expedido en país extranjero requiere su homologación (revalidación) en el Perú a efectos de validar el ejercicio de actos pofesionales.

c) ***Los honores oficiales.*** Son las distinciones especiales concedidas por el Estado (en sus diversas manifestaciones) generalmente a particulares en atención a sus méritos o servicios prestados a la Nación. En el Perú no existen concesiones de títulos nobiliarios («caballeros», marquesados, infantado, ducados, «*sir*», etc.). Los honores oficiales se restringen a condecoraciones, diplomas, menciones honrosas, doctorados *honoris causa*, palmas magisteriales, la Orden del Sol del Perú, etc., todos de carácter oficial y de existencia legal o reglamentaria. No ingresan en el tipo penal los honores otorgados por los colegios profesionales, las entidades privadas o particulares, o las concedidas por otros países u organismos internacionales.

(530) SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 134.

(531) DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 476.

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambas modalidades son dolosas. El sujeto activo debe conocer que carece del derecho a usar y ostentar, y tener voluntad propia de hacerlo, pese a lo indebido de su conducta. El error de tipo invencible puede presentarse en la segunda modalidad.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Estamos ante modalidades delictivas de simple actividad y de peligro abstracto de naturaleza activa y de consumación instantánea, que pueden asumir permanencia en la medida que los actos de ejecución-consumación persistan en el comportamiento antijurídico.

El delito se consuma al producirse el comportamiento descrito con los verbos ostentar o arrogarse. La tentativa, para ser admisible, requeriría fragmentación de actos en los comportamientos ejecutivos de ambas modalidades, es decir, en la ostentación y en el arrogamiento, lo cual se torna difícil de admitir. No consuma el delito la ostentación de insignias y distintivos falsos o inventados[532], al no concurrir un componente objetivo del tipo penal.

X. IMPUTACIÓN OBJETIVA

Igualmente, no es típico del delito de ostentación la exhibición de insignias o distintivos en fiestas, disfraces y demás actividades festivas o folklóricas, por tratarse de actos socialmente ajustados que no generan riesgo típicamente relevante para el bien jurídico. Asimismo, no se afirmará la imputación objetiva en la ostentación de insignias y distintivos extranjeros, pues no se crea con ello una situación de riesgo, ni este se realiza en el resultado, ni el monopolio estatal de conferir ni la fiabilidad de las insignias y distintivos oficiales han sufrido indisposición relevante en tales casos.

XI. PENALIDAD

La pena es mínima y alternativa. No mayor de 1 año de privación de libertad o prestación de servicio comunitario de 10 a 20 jornadas.

Dicha penalidad pone de manifiesto el nivel ínfimo de injusto de ambos comportamientos delictivos.

(532) Opinión contraria mantienen Ángeles Gonzales, Fernando y Frisancho Aparicio, Manuel: *Código Penal,* Lima, Ediciones Jurídicas, 1997, T. VII *(Delitos contra la Administración Pública)*, p. 3137.

XII. PARTICIPACIÓN

Cabe la complicidad de particulares y/o funcionarios o servidores, así como la instigación de terceros para la comisión delictiva.

XIII. CONCURSO DE DELITOS

Cabe concurso con el delito de estafa (artículo 196) cuando se emplea la ostentación o el arrogamiento ilegítimo como medio para estafar.

Con el delito de falsificación de documentos (artículo 427) en su modalidad de uso.

Con el delito de ejercicio ilegal de profesión (artículo 363).

XIV. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por inexistencia de la insignia o distintivo oficial (por ser falsificados, inventados, irreales, inidóneos).
- Por error de tipo invencible.
- Por ausencia de conducta voluntaria.

2. Causas de justificación

- Estado de necesidad justificante.
- La costumbre puede constituirse, en determinados casos y lugares, en una justificación extrapenal de la antijuridicidad del hecho, de no poderse considerar actos ajustados socialmente.

3. Causas de exculpación

- Por error de prohibición invencible.
- Por inexigibilidad de conducta distinta para casos específicos.

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 186: *El que lleve indebida y públicamente la divisa o los distintivos de un cargo, de un cuerpo o de un*

oficio o se arrogue grados académicos, honores, títulos dignidad o cargo público, incurrirá en multa.

El juez podrá ordenar que se publique un extracto de la sentencia en un periódico designado por él, a costa del penado».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 498: *Quien abusivamente lleva en público la divisa o signos distintivos de un cargo o empleo público, o de un cuerpo político, administrativo o judicial, o bien de una profesión para la cual es requerida una especial habilitación del Estado, o bien viste abusivamente en público el hábito eclesiástico será castigado con la multa de 200,000 a 2'000,000 de liras.*

A la misma pena será sometido quien se arroga dignidad o grado académico, títulos, condecoraciones u otras insignias honoríficas públicas, o bien cualidad inherente a alguno de los oficios, empleos o profesiones indicados en la disposición precedente.

La condena importa la publicación de la sentencia».

3. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 324: *El que usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, traje, insignia o condecoración, será castigado con la pena de multa de 100,000 a 500,000 pesetas.*

El uso indebido de hábito eclesiástico o religioso, tanto por seglares como por clérigos y religiosos a quienes estuviere prohibido por resolución firme de la autoridad eclesiástica oficialmente comunicada al gobierno, será castigado con la pena de prisión menor».

4. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 247: *Será reprimido con prisión de 15 días a un año, el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.*

Será reprimido con multa de 750 a 12500 pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren».

5. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 132. Abuso de títulos, grados acádemicos, dignidades profesionales y emblemas:

I. El que, sin acreditación,

1. porte los distintivos de la Administración o del servicio público, grados académicos, títulos o dignidades públicas nacionales o extranjeros,

2. porte los distintivos profesionales de médico, dentista, veterinario, farmacéutico, abogado, oficial de la propiedad industrial, interventor, censor, jurado de cuentas, asesor o apoderado fiscal,

3. exhiba públicamente el distintivo de perito, o

4. lleve uniformes, trajes específicos de un servicio público, distintivos administrativos,

Será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con multa.

II. Equivaldrán a las dignidades, grados académicos, títulos, dignidades uniformes, trajes específicos de un servicio público, distintivos administrativos nombrados en el apartado I, los que, por su semejanza, puedan ser confundicos con ellos.

III. Los apartados I y II serán válidos también para distintivos, títulos, dignidades, vestimentas y emblemas de las iglesias y otras sociedades religiosas de Derecho público.

IV. Los objetos a los que se refiera un delito del apartado I, número 4, solo o en conexión con el apartado II o III podrán ser confiscados».

3

EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal, la reforma y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: 1. Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales. 2. Segunda modalidad delictiva: ejercer profesión con falso título. 3. Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Participación. **X.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. 3. Causas de exculpación. **XI.** Concurso de delitos. **XII.** Jurisprudencia. **XIII.** Legislación extranjera: 1. España (1973). 2. España (1995). 3. Italia (1930). 4. Portugal (1982). 5. Bolivia (1972).

Artículo 363: «*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 ejercicio de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual» (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 28538, publicada el 07/06/2005).

Tipo penal sustituido

Artículo 363: «*El que, con falso título o el que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*» (texto según la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 27754, publicada el 14/06/2002).

I. ANTECEDENTES LEGALES

La figura penal de ejercicio ilegal de profesión no fue contemplada en los anteriores Códigos Penales peruanos.

No existe un antecedente legislativo preciso. Las fuentes extranjeras que inspiraron a nuestros legisladores proceden de las construcciones normativo-penales españolas (Códigos Penales de 1928 y 1973, artículos 326 y 321, respectivamente)[533], asimismo, de los proyectos de Código Penal argentino de 1891 y 1906, y los Códigos Penales italiano de 1930 (artículo 348) y portugués (artículo 400, inciso 2).

A nivel de leyes especiales, en el Perú, el Decreto Ley N° 11363, del 19 de mayo de 1950, de represión del tinterillaje, puede reputarse como uno de sus antecedentes.

II. LA FIGURA PENAL, LA REFORMA Y EL DERECHO COMPARADO

La figura penal en estudio, conocida en la doctrina europea como «intrusismo»[534], es uno de los casos de ley penal en blanco contenidos en el Código peruano, pues nos remite, para completar sus componentes típicos, a los requisitos señalados en otros dispositivos legales extrapenales o a los reglamentos pertinentes de cada profesión protegida.

(533) Véase "Legislación extranjera". El artículo 428 del Código Penal español de 1928 precisaba: "El que, sin estar legítimamente autorizado, ejerza públicamente una profesión cualquiera o practique cualquier acto propio de los que no pueden ejercerse sin título oficial, aunque los medios empleados parezcan no ofrecer peligro, incurrirá en la pena de cuatro meses a dos años de prisión y multa de 1000 a 15000 pesetas. Si, en los casos previstos en el párrafo anterior, se ocasionase daño a la salud o intereses de los particulares, la pena de prisión se aplicará en el grado máximo, sin perjuicio a la mayor sanción si los hechos constituyen un delito más grave". Para un estudio histórico de este delito, que encuentra su antecedente mas lejano en la Partida española VII, y es regulado en los sucesivos Códigos españoles del siglo XIX y XX, véase Choclán Montalvo, J. A.: *El delito de intrusismo*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 22 y ss.

(534) En palabras de Queralt, con el intrusismo se protege tanto la potestad estatal de velar por que los títulos de determinadas profesiones sean concedidos con las garantías de orden moral y cultural indispensables, como también el interés de los colectivos profesionales y del público en general (*Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1991, Vol. II, p. 411). Para Cuello Calón, la ingerencia penal en este orden tiende a ofrecer garantía acerca de la aptitud y capacidad de los que prestan servicios profesionales (*Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Bosch, 1936, Vol. II, p. 249). En opinión de Quintero Olivares, 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 precisa condición carecen de legitimación para realizar esas actuaciones o trabajos (*Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1120).

La Ley N° 28538, del 7 de junio de 2005, ha procedido a incorporar una circunstancia agravante en la figura nacional de instrusismo, que determina un apreciable aumento de pena si el ejercicio ilegal de profesión se produce en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. Asimismo, ha desdoblado la conducta típica en dos modalidades de delito según sea el comportamiento ejercer profesión sin reunir los requisitos legales o con falso título, segundo supuesto que ha sido castigado con penalidad mayor. Reforma que casi ha equiparado, en cuanto respuesta punitiva (4 a 8 años en su modalidad agravada), el injusto del ejercicio ilegal con el cohecho pasivo propio. Reforma objetable, en términos de pena, si tomamos en cuenta además que el ejercicio ilegal de la medicina (artículo 290), modificado también por la Ley N° 28538, observa una penalidad básica de 1 a 4 años.

A diferencia de la legislación penal italiana, que requiere que la práctica ilegal de profesión sea abusivamente ejercida, o del arrogamiento expreso o tácito de la portuguesa, el Código Penal peruano presenta una descripción legal técnicamente objetivizada, al haber prescindido en la formulación del tipo de consideraciones valorativas que están ya implícitas debido a la naturaleza misma del delito.

El modelo español de instrusismo difiere del peruano –lo que, sin embargo, lo hace en rigor más correcto técnicamente– no solo por la pena, pues esta no supera la prisión de 6 meses a 2 años en los casos agravados, sino por cuanto su redacción típica prescinde de la referencia a los requisitos legales para configurar delito, centrándose exclusivamente en el ejercicio de actos propios de profesión sin título académico válido (multa de seis a doce meses) o de título –ampliando así el marco de tipicidad– que acredite capacitación necesaria habilitadora de ejercicio de la actividad profesional (multa de tres a cinco meses). Por lo demás, que el delito esté tratado como una figura penal, propia de las falsedades, no disminuye dicha valía técnica, e incluso podría explicar su mejor ubicación sistemática (tal es la posición, por ejemplo, de Abanto Vásquez). Esto explica que Quintero Oliveros y Valle Muñiz, en la doctrina española, consideren que el intrusismo se produce cuando se engaña al potencial público sobre la realidad de la preparación técnica y académica que se posee y no en los casos en que materialmente, sin ese engaño, se invade el campo competencial de una profesión específica[535]. La agravación del delito y la pena acontece, en el diseño legal español, cuando el el agente se atribuyere públicamente

(535) Quintero Olivares, Gonzalo y Valle Muñiz, José Manuel: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 1121.

la calidad de profesional amparada por el título referido y cuando ejerciere actos de profesión en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es la Administración Pública en su exclusiva potestad de habilitar el ejercicio de determinadas profesiones. Como precisa DELPINO, la finalidad de la norma penal es la tutela del interés público concerniente al normal funcionamiento de la Administración Pública, que exige que determinadas 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(536). La necesidad de que existan garantías institucionales oficiales que sustenten formalmente los títulos que dan cuenta de las profesiones protegidas, como forma de responder las expectativas ciudadanas, se ha constituido en una necesidad *sine qua non* a tomar en cuenta en este delito, que encaja bien en el marco del Estado constitucional de Derecho.

Sin embargo, dada la naturaleza pluriofensiva del delito, son diversos los intereses valiosos específicos en juego: en primer lugar, y con valor prevalente, la exclusividad o monopolio estatal de la habilitación profesional; pero, igualmente, garantizar el interés y la confianza pública en un determinado número de profesiones; así como, e incluso, el interés de los usuarios y de las universidades, y –en una orientación polémica– de los colectivos profesionales frente al ejercicio ilegal de profesión(537). Se trata así de un delito en el que convergen intereses valiosos múltiples dignos de protección penal(538). El interés público ha tomado gran importancia a fin de justificar el tipo penal de intrusismo y, por lo mismo, para configurar el bien jurídico protegido. Da cuenta de esta orientación CHOCLÁN MONTALVO cuando sostiene que solo cuando hay un interés público en la exclusividad del ejercicio de la profesión por un círculo restringido de personas

(536) DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 186.

(537) Al respecto, véase en SERRANO TÁRRAGA, M. Dolores: *El delito de intrusismo profesional*, Madrid, Civitas, 1997, p. 39 y ss., el debate de la jurisprudencia y la doctrina en España acerca de las dos posiciones acerca del bien jurídico protegido; la primera, que sustenta el interés público de aseguramiento de la exclusiva potestad pública en la expedición de títulos habilitantes para el ejercicio de determinadas profesiones, representada por RODRÍGUEZ MOURULLO, CÓRDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, CASAS BARQUERO, VIVES ANTÓN, BENEYTEZ MERINO, MANZANARES SAMANIEGO, SERRANO GÓMEZ, entre otros; y una segunda posición con criterios dominantes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que considera la multiofensividad del delito, defendida, entre otros, por LUZÓN CUESTA, QUERALT JIMÉNEZ, BUSTOS RAMÍREZ y FERRER SAMA.

(538) Véase sobre esto BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal parte especial*, cit., p. 352.

la pena criminal puede legitimarse[539]. Interés público que es burlado por la acción del sujeto activo.

Soto Nieto, de la mano con la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, nos dice que "la tutela penal alcanza solo el mercado de servicios profesionales, las relaciones entre un profesional y el solicitante o usuario, en un marco más o menos definido, de significación social, con visos de laboriosidad o servicialidad entre personas. No se requiere una habitualidad en el intruso, pero su intervención va más allá de la ocasionalidad, de la espontaneidad fugaz, habiendo de detectarse una actividad intencional propia de una profesión"[540].

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo del delito de ejercicio ilegal de profesión puede ser cualquier persona, un particular, un funcionario o servidor público, o un militar. La idea central es que no se halle habilitado para ejercer profesión. Incluso un profesional que dolosamente se arroga y ejerce actos de profesión distinta a la suya. Pero no será pasible de ser imputado como sujeto activo si la invasión a otra área de profesión reglada es producto de un ejercicio imprudente.

Sujeto pasivo del delito es el Estado. Las corporaciones profesionales (colegios de arquitectos, contadores, ingenieros abogados, etc.)[541] como los particulares pueden ser considerados agraviados, pero no son sujeto pasivo del delito. En la doctrina y jurisprudencia europea comparada coge fuerza la tesis de considerar como sujeto pasivo a la colectividad o comunidad. Así, la STS N° 1045/2011, del 14 de octubre: "el bien jurídico está caracterizado por su carácter pluriofensivo, ofende al perjudicado que es lesionado en su derecho por la actividad del intruso, a la corporación profesional y a la sociedad en su interés público en que sean idóneas las personas que ejercen determinadas profesiones para las que el Estado reglamenta el

(539) Choclán Montalvo, José Antonio: *El delito de intrusismo*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 158.

(540) Soto Nieto, Francisco: *El delito de intrusismo profesional. Singular ilícito penal*, Pamplona, Thomson Reuteres Aranzadi, 2012, p. 67.

(541) En tal sentido se pronuncian diversas ejecutorias de la Corte Suprema. Así, la del 21 de enero de 1998, Exp. N° 1178-97-La Libertad (ejercicio ilegal de profesión en agravio del Colegio de Abogados de La Libertad); ejecutoria del 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 5634-97-Cusco (ejercicio ilegal del periodismo en agravio del Colegio de Periodistas de Puerto Maldonado y el Estado). Otra, solo en agravio del Estado, ejecutoria suprema de 4 de diciembre de 1997, Exp. N° 352-97 (ejercicio ilegal de actividades paramédicas en agravio de la Dirección Regional de Salud de Lambayeque).

acceso a la actividad. Aunque obviamente, el titular del bien jurídico solo será el Estado".

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El tipo penal contempla dos modalidades delictivas: **a)** ejercer profesión siendo titulado, pero sin reunir los requisitos legales; y **b)** ejercer profesión con falso título, y además una circunstancia agravante calificada por el destino del ejercicio.

El núcleo rector es *ejercer profesión*. Es de primera importancia situar el análisis en los segmentos profesionales protegidos con la criminalización del ejercicio ilegal de profesión, para dotarle de sentido penalmente relevante a los actos típicos atribuidos al agente. Es decir, la interpretación de los componentes del tipo deberá ir de la mano de las atribuciones y competencias establecidas en el reglamento o el estatuto profesional.

1. Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales

La profesión que forma parte del sustantivo de la conducta típica, esto es, al contenido del ejercicio, da cuenta en sentido restrictivo de la actividad cautiva que un título universitario de naturaleza académica autoriza. No es así de interés penal el concepto gramatical amplio de profesión considerado en el diccionario, sino el creado y establecido por el ordenamiento jurídico. Profesión tiene así, en el marco del artículo 364 del Código Penal, un sentido limitado en su connotación y denotación. Igualmente, no siempre existirá identidad de sentidos significativos entre "profesion", según el Código Penal y la palabra "profesional", término este último de uso general para describir no solo al sujeto que detenta una profesión académica, sino a cualquier persona que ha adquirido habilidades en el empleo de determinadas actividades, de lo que se colige que cuando la norma penal o, en su defecto, el discurso argumentativo aluda a actos de ejercicio de profesión se estará refiriendo en rigor a la noción estricta en referencia.

¿A qué requisitos legales hace alusión la norma penal? A aquellos de naturaleza administrativa y corporativa (colegiación, pago de aportaciones). ¿O es que acaso se está refiriendo a un marco normativo de deberes legales de cumplimiento obligatorio para el profesional y de incompatibilidades? Lo primero ha recibido en la doctrina europea severos cuestionamientos por cuanto la fundamentación de la intervención penal no puede circunscribirse a tutelar intereses –por legítimos que sean– de grupos corporativos particulares, por cuanto no son ellos los titulares del bien jurídico

lesionado o puesto en peligro[542]. En el Perú, la Corte Suprema considera frecuentemente en sus ejecutorias a los colegios profesionales como los sujetos perjudicados, lo cual ha generado una orientación jurisprudencial que entiende que los requisitos legales referidos en la norma penal hacen alusión a la correspondiente colegiatura. Cabe indicar que ello puede resultar acertado cuando así lo señale expresamente la ley de la materia (así, por ejemplo, el artículo 265 inciso 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hablando sobre los abogados establece que para patrocinar requiere que estos estén inscritos en el colegio de abogados del distrito judicial correspondiente). Pero no solo a ello se reduce la referencia normativa del tipo penal, son también requisitos legales el no estar inhabilitado por sentencia judicial, suspendido, tener función incompatible, etc.

El caso de los bachilleres que ejercen actos de profesión cautiva es un tema que puede ingresar en este apartado; no obstante, no debe confundirse aquí un problema de trámite administrativo con otro de relevancia penal. En efecto, la existencia de criterios estrictamente formales, que en el análisis concreto desestima la capacitación e idoneidad oficialmente verificada, para imputar delito cuando solo está pendiente de un acto administrativo la habilitación, debe ser visto con bastante serenidad por parte del fiscal y el juzgador, dado que no habría posibilidad de apreciar la lesión del interés público tutelado, constituyendo el hecho un caso de evidente atipicidad[543].

La Corte Suprema, mediante ejecutoria suprema de fecha 01/08/2014, consideró que se había configurado ejercicio ilegal de la profesión de arquitecto en los actos del procesado que celebró contratos en calidad de tal con varias instituciones educativas, sin tener título oficial. La Suprema utilizó en el marco de su motivación el argumento que enfatizó el hecho de "sin tener el grado de bachiler ni haber obtenido el título de arquitecto"[544]. Argumentación judicial que permite inferir por la posibilidad de insuficiencia

(542) En el Código Penal español de 1973 existía una norma penal específica para proteger a los gremios profesionales, considerado a título de falta, que ha sido derogada con el actual y vigente Código de 1995. Decía el artículo 572: *"Será castigado con la multa de 10,000 a 100,000 pesetas el titulado o habilitado que ejerciese su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito".*

(543) En tal sentido, con abundante fundamentación Choclán Montalvo: *El delito de intrusismo*, cit., p. 164 y ss.; Abanto Vásquez: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 135.

(544) Véase, R. N. Nº 3635-2013, del 1 de agosto de 2014, Junín, Sala Penal Transitoria. En sentido distinto véase la ejecutoria suprema Exp. Nº 1569-98-Piura, del 22/09/1998, Sala Penal, en la que se consideró que el procesado, bachiller en Derecho, al prestar asesoramiento legal, confeccionar escritos y asistir a diligencias judiciales, realizó actos propios de la profesión de abogado.

de tipicidad objetiva normativa por delito de ejercicio ilegal de profesión de tener el agente grado de bachiler, o desde otra perspectiva, por su relevancia administrativa no propiamente penal.

2. Segunda modalidad delictiva: ejercer profesión con falso título

Profesión es una calidad social oficial, normativa y funcional adquirida tras un proceso de preparación académica en la universidad, sujeta a reglas y procedimientos de selección y que posibilita y valida el ejercicio de una ciencia, arte u oficio. El concepto de profesión utilizado en la norma penal no está tomado en su acepción ordinaria de empleo u oficio, ni tampoco en sentido amplio para designar con él a todas las actividades posibles de ser abarcadas con tal concepto. El Derecho Penal peruano emplea un concepto normativo estricto de profesión, pues solo se refiere a aquellas regladas o sometidas a formalidades legales en norma extrapenal a efectos de su ejercicio. Se trata así de una noción restrictiva.

El sujeto activo del delito en esta modalidad no solo se arroga de una titularidad que no posee (supuesto típico del artículo 362), sino que desarrolla, practica, ejercita las atribuciones y facultades que son propias de la profesión; así, de abogados, ingenieros, médicos. Arrogarse, para esta figura delictiva de ejercicio ilegal, es tan solo un acto preparatorio. Se requiere que el sujeto activo haya ejecutado dolosamente uno o más actos propios de la profesión que usurpa.

Lograr determinar qué acto es o no ejercicio de profesión no siempre es tarea fácil, sobre todo –como indica ANTOLISEI[545]– en las profesiones de la salud. QUINTERO OLIVARES precisa que ***acto propio de profesión*** es aquel atribuido específicamente a unos profesionales concretos con exclusión terminante de las demás personas. El médico es quien hace diagnosis y recetas; el cirujano es el único que puede operar; el ingeniero de caminos, el único que puede planear un viaducto; el abogado, el único que puede defender en un juicio[546]. Reconoce el penalista español que existen zonas de discusión, ámbitos compartidos de difícil resolución donde dos o más profesionales se consideran igualmente capacitados y competentes: así, arquitectos e ingenieros civiles en la construcción de una torre de señales, o

(545) ANTOLISEI recomienda que, en defecto de normas legislativas o reglamentarias precisas, es vital la apreciación del juez, quien deberá, para dirimir las dudas, considerar sobre todo la *ratio legis*, y más precisamente los motivos que han inducido al legislador a prescribir la habilitación para el ejercicio de la profesión dada (ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 666).

(546) QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1119.

biólogos y farmacéuticos en la realización de determinados análisis o pruebas de laboratorio. En los casos dudosos, de fronteras imprecisas, queda al juez resolver dónde existen actos propios de ejercicio ilegal y dónde no, de acuerdo a reglas objetivas de apreciación y valoraciones técnicas.

Contrariamente, no son actos propios de profesión los practicados por hechiceros, curanderos, astrólogos, quiromantas, naturistas, herboterapeutas, acupunturistas, reflexoterapistas, masoterapistas, pasadores de mano, corredores de inmuebles, mandatarios, comisionistas, agentes de bolsa, capataces, administradores de fincas, encuestadores, sondeadores de opinión, quiroprácticos y otros, así exhiban la existencia de algún «título», obviamente no profesional, no académico en sentido estricto; pues ellos no invaden con sus actos las esferas de estricta competencia de las profesiones regladas, y además por cuanto la ley no les exige como requisito para el desarrollo de sus actividades la existencia y posesión de un título. En el caso de los curanderos, si estos prescriben y recetan fármacos o practican actos de cirugía, por citar dos casos, estarán invadiendo esferas regladas de ejercicio médico profesional. Igualmente, en el caso de las denominadas disciplinas medicas alternativas no profesionalizadas, de desarrollar sus titulares actos que están reservados para los médicos académicos u oficiales, podrían adquirir los mismos relevancia penal.

El ejercicio ilegal de medicina en sentido amplio (medicina y profesiones de las ciencias médicas), al tener una norma especial que contempla dicho supuesto, a través del artículo 290 del Código Penal (igualmente modificado por la Ley N° 28538), se sale del marco de tutela del artículo 363. No obstante, la medicina no se circunscribe a la oficial o alopática que se estudia en las universidades, sino que existen otros escenarios tales como la medicina natural, homeopática, alternativa y popular en general, entre otras no oficiales, de donde solo los actos médicos oficiales en estricto podrían suponer ejercicio ilegal de profesión(547).

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. Así, en este segundo caso, un diploma de egresado de universidad, una constancia de estudios de medicina o abogacía, etc. Es falso título, entonces, tanto el espurio como el auténtico que no goza de identidad oficial. Así también, para efectos penales el de otra profesión que no faculta ejercer otra distinta.

(547) Al respecto, CHOCLÁN MONTALVO, J. A. *El delito de intrusismo*, cit., p. 162 y ss.

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

No será entonces típico del delito de ejercicio ilegal la práctica de actos de profesión fuera de los alcances condicionados del tipo, es decir, cuando el sujeto activo no está provisto de falso título ni de título sin requisitos legales. Lo que se quiere indicar con esto es que lo que se castiga penalmente no es tanto el ejecutar actos de profesión, sino el hacerlo arrogándose calidades que no se poseen. *Es allí donde reside el núcleo del injusto penal* y que pone en peligro los diversos intereses tutelados por la norma penal. En tal sentido, la comadrona que no se autoatribuye la condición de obstetra, no cae bajo los requerimientos típicos. La autoarrogación para ejecutar actos de profesión constituye así una forma de falso título.

El tema de ejercer profesión habiendo cumplido los requisitos legales, con la salvedad de que el título es cuestión de días o se ha retardado su expedición por causalidades anómalas inherentes a la administración, puede que aparentemente complique la interpretación para dar por perfeccionada la tipicidad del delito, ya que no se adecua al supuesto del falso título ni es ello propiamente una situación de falta de requisitos, sino propiamente del documento validante, lo que no podría configurar delito. La posibilidad de incurrir en analogía *in malam partem* es de por sí evidente y cercana.

La invasión que hace el profesional habilitado al ejercicio de actos que no son de su competencia, en circunstancias especiales que no ameriten dolo no es típico de este delito. Las invasiones imprudentes o las que son producto de exceso o extralimitaciones no dolosas en el uso de la función o autoridad sin autoarrogamiento igualmente son atípicas.

Son casos particulares de ejercicio ilegítimo, no contemplados específicamente en nuestra norma penal, aquellos que además del título requieren habilitaciones agregadas. Tal es el caso de los procuradores del Estado, que junto al título de abogado necesitan una resolución especial de designación; o el del ginecólogo, que a su título de médico general se le exige legalmente el de especialidad para ejercer los actos médico-ginecológicos. Supuestos que pueden reconducirse por la primera modalidad de ejercicio ilegal de profesión, que se refiere a la falta de requisitos legales[548].

(548) Apreció ya esta posibilidad ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., cit., p. 137.

Luego, ***¿cuáles son las profesiones penalmente protegidas?*** No todas las profesiones que existen en el país están tuteladas bajo conminación penal en su ejercicio indebido. Las leyes y reglamentos fijan, al establecer parámetros o condiciones de cumplimiento obligatorio, cuáles son las profesiones regladas o exceptuadas del ejercicio por el común de las personas. Profesiones relacionadas con intereses sociales vitales para la vida en sociedad, que usualmente se hallan registradas oficialmente son la medicina, abogacía, ingenierías, farmacia, odontología, medicina veterinaria, obstetricia, contabilidad, arquitectura, agronomía, zootecnia, entre otras. En todas ellas, la cualidad o estatus de profesión supone un proceso formativo previo y una determinada secuencia de controles académicos que van garantizando al futuro profesional. La situación del periodismo es especial, pues no existe consenso sobre su ingreso al tipo penal como profesión reglada(549).

Los oficios y carreras técnicas, como la mecánica en sus diversas facetas (automotriz, eléctrica, etc.), la ortopédica, mecánica dental, la quiropraxis, osteopatía y demás disciplinas de salud alternativas no consideradas legalmente profesiones médicas (reflexología, naturismo, hidroterapia, acupuntura, etc.), carpintería, albañilería, técnico en computación, asistente legal y otros no constituyen el elemento típico normativo «profesión» exigido por el tipo penal; asimismo, el comercio, artesanía, las artes (pintura, escultura), el diseño gráfico o de modas. De forma tal que su ejercicio por cualquier persona con o sin falso título no radicará en delito de ejercicio ilegal de profesión, ello sin perjuicio de las otras tipicidades que su ejercicio pueda suponer (lesiones, estafas, etc.) o el ámbito de relevancia administrativa. Sin embargo, nada impide que el Estado, por razones atendibles, intervenga y decida en el sentido de declarar reglado o exclusivo tal o cual oficio o carrera técnica. El ejercicio profesional con título extranjero no convalidado en el país, no obstante la existencia de título, se adecua a las exigencias de la ausencia de requisitos que exige el tipo penal.

Resulta de interés la Sentencia N° 111/1993, del 25 de marzo, del Tribunal Constitucional español, que indica lo siguiente: "La protección penal queda reservada a aquellas profesiones que, por incidir sobre bienes jurídicos de máxima relevancia –vida, integridad corporal, libertad y

(549) El ejercicio del periodismo es un servicio de necesidad pública, al igual que la medicina y la abogacía, que se halla bajo la tutela de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, pero, sin embargo, su reglamentación, en el sentido de hacerlo cautivo en favor de determinadas personas que han cursado y se han titulado académicamente, es vista como un acto lesivo a la libertad de prensa e información. El problema en realidad es complejo y tiene varias aristas de enfoque, pero obviamente el interés corporativo es el menos relevante para legitimar la intervención punitiva en este ámbito.

seguridad– no solo necesitan para su ejercicio la realización de aquellos estudios que requieren la posesión de un título profesional *ad hoc* sino que también merece la especial protección que garantiza el instrumento penal frente a toda intromisión que pudiere suponer la lesión o puesta en peligro de tales bienes jurídicos. En tanto que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad –cual es sin duda, el caso del patrimonio inmobiliario– quedarían respectivamente satisfechas, en su caso, mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio y la mera imposición, en su caso, de una sanción administrativa a quienes realizaren actos propios de las mismas, sin estar en posesión de dicha capacitación".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC) español ha debatido y diferenciado entre "título académico" (el expedido por el rector de universidad pública o privada) y "título oficial". El primero para dar cuenta, en rigor y en estricto, del delito de ejercicio ilegal de profesión o intrusimo, y el segundo para los efectos de su ampliación a los títulos no académicos, que permite una ampliación del tipo a una mayor gama de actividades cautivas y socialmente sensibles, en perspectiva evolutiva o progresiva de extensión del delito (controladores de vuelo, pilotos de aviación comercial, gestores administrativos de propiedad inmobiliaria, entre otros). Debate que en cierto modo fue redireccionado por la nueva redacción que presentó el artículo 403 del Código Penal de 1995 con relación al artículo 321 del Código Penal de 1973(550).

3. Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual

La Ley N° 28538, al anexar esta agravante en el artículo 363 del Código Penal, ha diferenciado entre el destino particular y público de la actividad ilegal del sujeto que realiza las conductas típicas, a fin de expresar que el segundo posee mayor grado de ilicitud penal, lo que explica la mayor pena. Regulación a mi entender innecesaria y que justifica más bien la ineficacia de los filtros de las reparticiones públicas para examinar los títulos o requisitos de los profesionales. Se observa asimismo un afán totalizador para cubrir los espacios de actividad profesional al interior de la Administración Pública cuando la norma alude a cualquier modalidad contractual.

(550) Véase al respecto la STC N° 111/1993, del 25 de marzo; la STC N° 142/1999, del 22 de julio; y STC N° 124/2000, del 26 de junio.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

Las dos modalidades delictivas son dolosas, ya que requieren de quien ejecuta los actos contenidos en el tipo penal que los haga con voluntad y conocimiento de la forma arbitraria del ejercicio de una profesión que no se tiene. No es exigible que el sujeto activo busque un fin u objeto específico. El agente en su actuar doloso debe autoatribuirse la cualidad profesional, no basta solo la práctica de actos profesionales desvinculados del dolo(551) para atribuir responsabilidad penal por este delito. QUINTERO OLIVARES hace recaer el núcleo del injusto subjetivo en el engaño causado al público sobre la realidad de la preparación técnica y académica que se posee(552).

El error de tipo invencible puede presentarse, de acuerdo a las circunstancias, en ambas variedades.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se está ante un delito de simple actividad y de consumación instantánea, en el cual la normativa extrapenal se torna decisiva para perfeccionar el tipo penal. El delito se consuma en su primera modalidad al realizar el sujeto activo acto propio de ejercicio de profesión sin contar para ello con los requisitos legales. En una segunda modalidad, al hacerlo con falso título, esto es, sin el título correspondiente para ejercer la profesión. En la doctrina extranjera se condiciona el valor consumador de un solo acto, a que sea trascendente y gravitante(553), por ejemplo, una cirugía médica, una defensa ante juez o las salas supremas, etc.

La tentativa es asimilable a la primera modalidad, que presenta en su *iter* espaciamento de actos ejecutivos. En la segunda es poco probable que se produzca.

---

(551) Al respecto, CUELLO CALÓN es explícito (*Derecho Penal. Parte especial*, cit., Vol. II, p. 250).

(552) Véase DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 187. Indica DELPINO que, más que el número de actos, lo realmente importante son las consecuencias que de ello se derivan, pudiendo un solo acto trascendente tener mayor relevancia que varios otros para afectar el bien jurídico protegido. El autor cita una serie de casos: 1) quien no habilitado para la profesión médica había prescrito para curar el cáncer preparados (por él mismo creados y dados gratuitamente) a base de extractos de yerbas y de animales; 2) en el caso de la obstetra que al final del parto había procedido a la sutura de las laceraciones vaginales, siendo ello de exclusiva competencia del médico; 3) el caso de quien sin ser veterinario practica inyecciones hipodérmicas a animales enfermos sin existir prescripción del veterinario; 4) el caso del geómetra que redacta y suscribe un proyecto que por ley solo puede ser hecho por un ingeniero (*loc. cit.*).

(553) QUINTERO OLIVARES: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 1121.

En general, se trata de un delito de peligro de comisión activa y de naturaleza instantánea.

VIII. PENALIDAD

De 2 a 4 años de pena privativa de libertad: ejercicio ilegal sin requisitos legales.

De 4 a 6 años de pena privativa de libertad: ejercicio con falso título.

De 4 a 8 años de pena privativa de libertad: ejercicio en el ámbito de la Administración Pública.

IX. PARTICIPACIÓN[554]

Cabe la instigación y la complicidad de terceras personas, ya sea porque obtienen provecho del ejercicio ilícito de la profesión del autor (dueños de clínicas, veterinarias, estudios de abogados, etc.) o porque contribuyen con actos secundarios al fin ilícito del sujeto activo del delito.

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad[555]

- No puede considerarse delito de ejercicio ilegal las opiniones médicas o legales dadas por los sujetos del tipo penal.
- No es delito el hecho de que el médico aún no registrado tome la presión o la temperatura del paciente, tampoco los actos de construcción de casas hechos por albañiles o maestros constructores.
- No son delito los masajes dados con fines de aliviar dolores[556].
- No es delito redactar un contrato o una denuncia.

(554) Un caso de complicidad véase en la ejecutoria suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 3157-97.

(555) La Corte Suprema consideró atípico del delito de ejercicio ilegal de profesión el haber el acusado instalado un kiosco para la venta de productos veterinarios (ejecutoria suprema de 3 de junio de 1997, Exp. N° 413-95-Lima).

(556) La práctica de masajes ha recibido en la doctrina y jurisprudencia italiana especial estudio. Se distingue entre masaje estético, deportivo y masaje curativo, considerándose atípicos los primeros y relevante penalmente el último (DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 188).

- El ejercicio imprudente de actos de profesión reglada tampoco es típicamente relevante.
- Las declaraciones de no estar hábil para el ejercicio de la carrera pronunciadas por los colegios profesionales carecen de tipicidad para configurar delito.

2. Causas de justificación

- El estado de necesidad justificante.
- Obrar en cumplimiento de un deber o por orden obligatoria de autoridad competente.

3. Causas de exculpación

El error de prohibición invencible (error sobre los límites de competencias que fijan las normas o reglamentos).

XI. CONCURSO DE DELITOS

Hay concurso con el delito de estafa (artículo 196) y con el delito de falsificación de documentos (artículo 427 y ss.).

El delito de ejercicio ilegal de profesión reglada absorbe a la modalidad de arrogamiento de título profesional.

El tipo de ejercicio legal puede concursar también con delitos de homicidio, lesión, daños, etc., según se produzcan correlatos ulteriores.

XII. JURISPRUDENCIA

La Corte Suprema ha indicado lo siguiente:

> "Está debidamente acreditada la responsabilidad penal, al no contar con el título oficial de arquitecto y consignarlo en los contratos de trabajo celebrados como tal; puesto que sin tener el grado de bachiller, ni haber obtenido el título de arquitecto ha ostentado tal título que no ejerce, menos aún haberse colegiado para el desempeño de dicha profesión; todo ello acreditado con el oficio remitido por el Colegio de Arquitectos del Perú y el oficio remitido por la Universidad Ricardo Palma, con los cuales se confirmó que el imputado no concluyó sus estudios profesionales de arquitectura y, en consecuencia no tiene el grado de bachiller ni el título de

profesional de arquitecto; asimismo, se acreditó con los contratos de trabajo y los comprobantes de pago por concepto de honorarios profesionales, que el imputado ostentaba indistintamente el grado de bachiller o título profesional de arquitecto, sin tener tal grado de bachiller o título profesional, por ende ejerció ilegalmente la profesión" (ejecutoria suprema del 01/08/2014, R. N. N° 3635-2013-Junín, Sala Penal Transitoria).

"El procesado, bachiller en Derecho, al prestar asesoramiento legal, confeccionar escritos y asistir a diligencias, ha realizado actos propios de la profesión de abogado de naturaleza dolosa, pues en su condición de bachiller tenía pleno conocimiento de que no podía realizar actos de intrusión en el campo profesional de abogado y sin embargo los realizaba en connivencia con el letrado" (ejecutoria suprema del 22/09/1998, Exp. N° 1569-1998-Piura, Sala Penal).

El Tribunal Supremo español, por su parte, indica:

"El bien jurídico protegido se concreta en dos órdenes de interés: a) el del público en general a quien van dirigidos los actos a realizar por el agente sin título, protegiendo a la colectividad de los eventuales daños de una praxis inhábil o ignorante, lo que equivale a conceptuar este delito como de peligro; y b) protege también el interés corporativo de un determinado grupo de profesionales, tanto en defensa de sus competencias y derechos morales sobre el prestigio y buen hacer de la profesión, como en los patrimoniales que pudieran quedar afectados por una competencia desleal y la invasión en su esfera económica por terceros no pertenecientes al colectivo profesional afectado" (STS N° 407/2005, del 23 de febrero).

"El núcleo de la actividad típica es el ejercicio de *actos propios* de esas profesiones privadas que por voluntad del derecho están reservadas a precisos colectivos de personas legalmente autorizadas en clave de exclusividad para su ejercicio, dado el contenido de tales actos y la necesidad de velar por que los mismos solo puedan ser ejercidos por las personas habilitadas para ello. Por acto propio debe entenderse aquel o aquellos que forman parte de la actividad profesional, amparado por el título y que por eso mismo exigen una *lex artis* o específica capacitación. Se trata de un precepto en blanco que debe ser completado con normas extrapenales, generalmente pertenecientes al orden administrativo y que están directamente relacionados con la esencia del quehacer profesional de la actividad concernida" (STS N° 407/2005, del 23 de febrero).

"En caso de medicinas alternativas, en relación al ejercicio de la apucuntura, a la medicina naturista, la reflexoterapia o rayos láser, en cuanto pertenecen a la gama que pudiera calificarse de *medicina alternativa*, denominación con la que se designan a aquellas prácticas sanitarias que por no estar fundadas en un método científico experimental, ni se enseñan en las facultades de Medicina ni se encuentran comprendidas entre las especialidades médicas para cuyo ejercicio se requiere título, el ejercicio de estas actividades por quien no tenga la condición de médico no puede constituir ni dar vida al delito de intrusismo por falta de elementos de los actos propios referenciado; pero si el que ejecuta cualquiera de estas técnicas, antes de aplicarlas, practica exploraciones o reconocimientos clínicos, diagnóstico, pronóstico y decide una terapia determinada, está incidiendo en las funciones de la medicina" (STS N° 407/2005, del 23 de febrero).

"La acusada se presenta como abogada ante los perjudicados, lo cual fue un elemento más del engaño propio de la estafa por la que también se condenó. Pero no llegó a realizar actos propiso de la profesión de abogada, porque la acusada asesoraba a sus víctimas, y tal asesoramiento no constituye un acto exclusivo de la profesión de abogado. Cualquier ciudadano es susceptible de recibir a diario consejos (médicos, sanitarios, de rehabilitación, construcción o reparación de aparatos de todo tipo o de viviendas) que solamente deberían dar los profesionales cualificados, y no por ello alcanza tal hecho el desvalor social capaz de merecer una sanción penal" (STS N° 934/2006, del 29 de setiembre).

"Constituyen elementos configuradores del delito: a) la realización o ejecución de actos propios de una profesión para la que sea preciso título oficial, o reconocido por disposición legal o convenio internacional, sin que el texto legal requiera habitualidad, por lo que tanto puede ser la actividad de mero ejercicio continuado, como de realización de un acto de exclusiva calidad y condición momentánea, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión usurpada, integrando la repetición de la conducta o su continuidad una misma infracción, sin que puedan estimarse delitos diferentes los actos distintos de ella efectuados a través del tiempo; b) violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida, y en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de completarse con las correspondientes

disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión; c) conciencia y voluntad por parte del sujeto de la irregular o ilegítima actuación que lleva a cabo y de la violación de las disposiciones por la que se rige aquella, o sea, conocimiento de la antijuridicidad de su proceder, presencia de intencionalidad de usurpar la profesión; por lo que, aquellas conductas aisladas realizadas por necesidad, circunstancias excepcionales y sin la contraprestación que lleva consigo el ejercicio profesional, deben considerarse como ausentes de tipicidad penal o atípicas" (STS N° 1045/2011, del 14 de octubre; ídem STS N° 648/2013, del 18 de julio).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 321: *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o Convenio Internacional, incurrirá en la pena de prisión menor.*

Si el culpable se atribuye públicamente la cualidad de profesional, se le impondrá además la pena de multa de 100,000 a 1'000,000 de pesetas».

2. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 403:

1. *El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.*

2. *Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:*

   a) *Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.*

   b) *Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público*

en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión».

3. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 348: *Cualquiera que abusivamente ejercita una profesión, para la cual es requerida una habilitación especial por parte del Estado, es castigado con la reclusión de seis meses a tres años o con multa de 10,000 euros a 50,000 euros.*

La condena comporta la publicación de la sentencia y la confiscación de la cosa que sirvieron o fueron destinadas a cometer el delito y, en el caso en el cual el sujeto que ha cometido el delito ejercite regularmente una profesión o actividad, la trasmisión de la sentencia misma al registro a fines de aplicación de la interdicción de uno a tres años de la profesión o actividad regularmente ejercitada.

Se aplica la pena de reclusión de uno a cinco años y multa de 15,000 a 75,000 euros al profesional que determinó a otro a cometer el delito mencionado en el primer párrafo o dirigió la actividad de las personas concurrentes en el delito».

4. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 400 (inciso 2):

- *En la misma pena* [hasta 2 años o multa de 100 días] *incurrirá quien ejerce profesión para la cual la ley exige título o cumplimiento de ciertas condiciones, arrogándose, expresa o tácitamente poseerlo o cumplirlas, cuando, efectivamente no las tiene o no las cumple».*

5. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), artículo 164: *El que indebidamente ejerciere una profesión para la que se requiere título, licencia, autorización o registro especial, será sancionado con privación de libertad de uno a dos años».*

4

PARTICIPACIÓN EN EJERCICIO ILEGAL

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Participación.

Artículo 364: *«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».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

A nivel Códigos Penales precedentes no existe referencia de este delito en el país.

El Decreto Ley N° 11363, del 19 de mayo de 1950 (Ley de represión contra el tinterillaje), no obstante su orientación específica, puede ser citado como antecedente legal. Así, el artículo 12 de dicha ley indicaba: *«Incurre también en el delito del ejercicio ilegal de la abogacía y será reprimido con suspensión del ejercicio profesional hasta por un año, el que con título de abogado preste habitualmente su nombre o su firma a otro que carece de título desligándose de responsabilidad, para que este ejerza en forma independiente las actividades inherentes a la profesión».*

II. LA FIGURA PENAL

Estamos frente a una figura delictiva especial que criminaliza los actos ejecutivos de apoyo o ayuda al ejercicio ilegal de profesión, imputables al

profesional. Se ha elevado así a nivel de autoría un caso de participación necesaria, otorgándole calidad delictiva autónoma(557).

Técnicamente se trata de un comportamiento específico de favorecimiento del supuesto específico de usurpación de quien no tiene título.

El fundamento político criminal de tal figura penal, obviamente, es de coyuntura, y se expresa en la extendida práctica del ejercicio de actos de profesión sin título que en niveles alarmantes se observa en el país.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es proteger la Administración Pública frente a un específico comportamiento de los profesionales, que desvirtúa el sentido exclusivo de la habilitación otorgada para el ejercicio de las profesiones.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo el profesional, es decir, el que ha sido titulado a nombre de la Nación.

Al igual que en el artículo anterior, el profesional está considerado en una conceptualización normativa, es decir, como la persona con título a nombre de la Nación que ejerce una profesión reglada o cautiva (abogado, médico, arquitecto, etc.).

Sujeto pasivo es el Estado.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal es de contenido simple, consta de un solo comportamiento delictivo de naturaleza activa.

El verbo rector es *amparar.*

El presupuesto típico es que el destinatario del amparo carezca de título para ejercer la profesión.

Amparar es favorecer, proteger, por la razón o motivo que fuere, la labor o trabajo de un tercero (el práctico o empírico, estudiante de una

(557) Al respecto, Rojas Vargas, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Grijley, Lima, 1997, p. 134.

carrera cautiva, el egresado) que desarrolla labor afín a la del profesional. No genera tipicidad la firma dada al colega que por razones atendibles no está en capacidad de firmar (véase la ejecutoria suprema en el Exp. N° 1569-98-Piura, del 22/09/1998, Sala Penal, en la que se evaluó la situación jurídica del bachiler en Derecho que prestó asesoramiento legal, confeccionó escritos y asistió a diligencias judiciales realizando actos propios de la profesión de abogado de naturaleza dolosa, en connivencia con el letrado).

La respuesta al interrogante de a cuáles profesionales se refiere el tipo penal solo será contestada teniendo en cuenta los casos y circunstancias que por las formalidades del trabajo exijan la firma del profesional (abogados, contadores, médicos, arquitectos, ingenieros, etc.). El tipo penal se refiere a un profesional, no a un cargo (juez, ministro, alcalde, etc.); por lo mismo, no será típica de esta figura la firma de un juez o regidor, por tomar dos casos.

La firma es el mecanismo o medio de hacer viable el delito, comprende tanto el nombre y apellido del profesional como su rúbrica, es decir, sus signos gráficos distintivos, acompañados de la respectiva numeración del registro.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. Requiere, del profesional que protege al tercero, conocimiento de que dicho tercero carece de título profesional, y voluntad dirigida pese a ello a infringir la prohibición de la norma penal. Es suficiente el dolo eventual.

El error de tipo invencible acerca de la carencia de título por el destinatario de la protección le quita tipicidad al hecho.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma cuando la firma otorgada por el profesional ampara o posibilita el trabajo del tercero, es decir, cuando lo promueve o favorece. La firma colocada en un escrito no utilizado no constituye consumación de delito. La interpretación de los componentes del tipo penal debe ser sistemática para precisar el momento de la consumación.

Amparar el trabajo de quien no tiene título no solo se reduce a la firma (el profesional puede amparar de múltiples maneras), pero esta es la que resulta penalmente castigada según la norma penal.

Es admisible la tentativa ontológicamente considerada, pero ella es irrelevante penalmente.

VIII. PENALIDAD

Pena conjunta: privativa de libertad de dos días a 4 años e inhabilitación con privación de función, cargo o comisión ejercida por el profesional, aunque provenga de elección popular; y con incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe instigación de particulares, funcionarios, servidores públicos o de profesionales.

DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. FISCAL QUE EJERCE FUNCIONES CORRESPONDIENTES A CARGO DIFERENTE DEL SUYO

«El autor en este delito realiza funciones que no corresponden a su cargo, sino que pertenecen a otro. Esta doble condición es importante, porque es lo que distingue la usurpación de autoridad de los abusos de autoridad. El acto funcional corresponde a otro cargo y tiene que ser legítimo, de modo que el autor de este delito ejecuta un acto sustancialmente legítimo, cuyo vicio consiste, únicamente, en que carece de facultades para ese acto. No hay abuso ni arbitrariedad en el hecho, sino incompetencia del órgano funcional; *Quinto*. Ahora bien, se determinó que el imputado en su calidad de Fiscal Provincial Provisional emitió la Resolución del 31 de mayo de 2010, firmada por el mismo por la cual se le autorizó a viajar a la ciudad del Cuzco, encargando el despacho al fiscal adjunto. Sin embargo, dicho desplazamiento solo podía efectuarse previa autorización del presidente de la Junta de Fiscales de dicho distrito judicial o previa licencia. Al autorizarse él mismo el viaje (...) con la finalidad de efectuar trámites de carácter administrativo (...) que bien le correspondía a los asistentes administrativos y al encargar el despacho en forma irregular, ejerció una función cuya justificación jurídica no le correspondía. De otro lado, dada la calidad del imputado, esto es, que se trata de un abogado hábil, además en ejercicio de sus funciones como fiscal provincial, se hallaba en la capacidad suficiente de saber cuál era su competencia funcional y, por ende, comprender la gravedad de sus actos; por lo tanto, resulta imputable y no existe causa que se halle comprendida en ninguno de los supuestos del artículo 20 del Código Penal»

(Recurso de apelación del 6 de octubre de 2017, N° 11-2016-Madre de Dios, Sala Penal Transitoria)

2. FISCAL QUE DETIENE PRELIMINARMENTE SIN QUE EXISTA MANDATO JUDICIAL

«Para efectos de configuración del referido tipo penal, es necesario que el agente asuma un determinado cargo público, y ejecute o desarrolle actividades inherentes

a una función pública específica. Al analizar el núcleo del disvalor de este delito, se debe determinar cuáles son las conductas que ingresan al ámbito de protección de la norma subyacente al tipo penal 361 del Código Penal. Por lo tanto, no cualquier actuación de quien se arroga una función pública es la que se sanciona, bajo esta modalidad típica, sino aquellas que manifiestan el ejercicio concreto de una función pública. En otros términos, para la realización típica no es suficiente que el agente asuma la función pública como tal, sino que debe ejercitarla o ejecutarla en la esfera de actuaciones administrativas (...). *Sétimo.* (...) Se aprecia que el Fiscal imputado incurrió en la configuración del ilícito penal de usurpación de funciones dado que la detención preliminar de una persona sin mandato judicial puede realizarse únicamente con base al artículo 259 del Código Procesal Penal –caso de flagrancia delictiva–. En el presente caso, (...) resulta evidente la no concurrencia de la flagrancia delictiva. Por esta razón, el fiscal imputado debió actuar conforme a los parámetros fijados en el artículo 261 del Código Procesal Penal, precepto legal que faculta la detención de una persona cuando no haya sido sorprendida en flagrancia delictiva, siempre y cuando exista un mandato judicial; empero, se advierte que la solicitud de la detención preliminar lo hizo posteriormente a la propia acta privativa de libertad del referido investigado, lo que configura la conducta cuestionable. (...) Es de precisar que el procesado no acreditó en forma alguna su versión exculpatoria. Por un lado, el decidir la intervención del intervenido debido a la presión de los pobladores escandalizados que exigían su detención, no se encuentra acreditado en forma alguna; habida cuenta de que, de las declaraciones de la madre de la menor agraviada y de los efectivos policiales, no se evidencia dicha situación. Por otro lado, la alegación de haber incurrido en error al disponer la detención preliminar judicial del intervenido se encuentra en la misma situación porque, a la luz de los escritos cursados al Juzgado de Investigación Preparatoria, no procuró que el detenido sea puesto a disposición del juzgado ni procedió diligentemente para evitar que el intervenido estuviere 11 días privado de libertad, sin que se defina su situación legal. Aun si la versión exculpatoria del inculpado hubiera sido cierta, la circunstancia de fuerza mayor –la presión de la gente para que detuviese– solo se habría presentado el primer día, pero no podría ser alegada para cubrir la actuación posterior del imputado durante los días de detención indebida siguientes».

(Apelación N° 11-2017, del 15 de febrero de 2019-Loreto, Sala Penal Permanente)

3. INEXISTENCIA DE USURPACIÓN DE LA FACULTAD DE DAR ÓRDENES MILITARES O POLICIALES

«Respeto a la denuncia formulada contra la encausada, en su condición de Asesora Diplomática, (...), por el delito de usurpación de autoridad, títulos y honores, cabe precisar que (...) el único elemento que sirve de sustento a dicha imputación es el memorando (...) suscrito por la denunciada (...) y de su contenido no se aprecia que la suscriptora imparta orden alguna al Director General (...), conforme lo señala el titular de la acción penal, sino se aprecia que la denunciada

(...) se limita a solicitar a dicho servidor el desaduanaje de los insumos materia de donación debido a la llegada a territorio nacional de la donaciones, por lo tanto, era necesario el desaduanaje y los funcionarios para dicha función eran precisamente las personas a quienes se les solicitó tal actividad, de lo cual se concluye que la conducta atribuida a la denunciada no puede ser subsumida dentro del presupuesto normativo contenido en el citado tipo penal, ya que este se refiere a órdenes militares o policiales los cuales deben tener contenido castrense, es decir, propios de la función militar o policial».

(R. N. N° 1453-2006, del 22 de enero de 2009, Lima, Sala Penal Transitoria)

4. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN DE ARQUITECTO

«Está debidamente acreditada la responsabilidad penal en los delitos de ostentación de títulos u honores que se ejerce y el ejercicio ilegal de la profesión, al no contar con el título oficial de arquitecto y consignarlo en los contratos de trabajo celebrados como tal; puesto que sin tener el grado de bachiller, ni haber obtenido el título de arquitecto ha ostentado tal título que no ejerce, menos aún haberse colegiado para el desempeño de dicha profesión, celebrando contratos de trabajo con la calidad de arquitecto con varias instituciones educativas; todo ello acreditado (...) con el oficio remitido por el Colegio de Arquitectos del Perú (...) y el oficio (...) remitido por la universidad Ricardo Palma; con los cuales se confirmó que el imputado no concluyó sus estudios profesionales de arquitectura y, en consecuencia, no tiene el grado de bachiller o título de profesional de arquitecto, sin tener tal grado o título profesional y, por ende, ejerció ilegalmente la profesión».

(R. N. N° 3635-2013, del 1 de agosto de 2014, Junín, Sala Penal Transitoria)

5. CESE EN EL CARGO Y USURPACIÓN DE FUNCIONES

«Comete delito de usurpación de funciones el servidor auxiliar del Congreso Constituyente Democrático que habiendo cesado en el cargo ha seguido atribuyéndose la calidad de funcionario del Poder Legislativo, sorprendiendo a diversas entidades públicas, teniendo acceso a la documentación obrante en las oficinas del Gobierno Central a donde acudía para realizar trámites administrativos, evidenciándose de este modo el accionar doloso del acusado que ha lesionado el buen funcionamiento de la Administración Pública»

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3341-97, Exp. N° 2294-97-Lima)

6. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: PRESCRIPCIÓN

«Que respecto a los delitos de ejercicio ilegal de la abogacía (usurpación de autoridad, títulos y honores) y contra la administración de justicia, se encuentran sancionados en el actual Código Penal con pena privativa de la libertad no mayor

de 4 años; y de conformidad con el artículo 6 del código acotado y de acuerdo al principio de combinación, es aplicable lo normado por los artículos 80 y 83, y dado el tiempo transcurrido, desde que se suscitaron los hechos en 1987 y 1988, la acción penal ha prescrito».

(Ejecutoria suprema del 21 de enero de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3644-97, Exp. N° 1178-97-La Libertad)

7. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: CÓMPLICE, DETERMINACIÓN DE PENA

«Que para los efectos de la imposición de la pena al encausado como cómplice del delito contra la Administración Pública en la modalidad de ejercicio ilegal de profesión en agravio del Colegio de Abogados de Piura y Tumbes, se debe tener en cuenta sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias en que perpetró el ilícito, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Código Penal; aumentaron la pena de 1 a 2 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año».

(Ejecutoria suprema del 12 de enero de 1998, Exp. N° 3157-97-Piura)

8. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: PRINCIPIO DE LEGALIDAD, IMPOSICIÓN ILEGAL DE PENA

«El Código Penal vigente, en su Título Preliminar, enarbola un conjunto de principios garantes, entre los que destaca el principio de legalidad, por el cual "nadie será sancionado por un acto u omisión no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidos en ella", que en el caso de autos se ha impuesto además de la pena privativa de libertad la de inhabilitación al encausado por delito de ejercicio ilegal de la profesión y desacato, la que jurídicamente es inejecutable teniendo en cuenta que el encausado no tiene la condición de periodista y menos se encuentra dentro de los presupuestos a que hace referencia el artículo 39 del Código Penal, a los que se debe agregar que los ilícitos penales por los cuales ha sido condenado, solo se encuentran sancionados con pena privativa de libertad; siendo esto así, es del caso declarar nula la sentencia en este extremo».

(Ejecutoria suprema del 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 5634-97-Cusco)

9. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN Y CONCUSIÓN: DECLARACIONES INCULPATORIAS SON INSUFICIENTES PARA CONDENAR

«Las declaraciones inculpatorias del acusado en su instructiva, de ejercer ilegalmente profesión médica, no corroboradas con prueba alguna que la sustente, sin existir inspección ocular que determine la existencia del supuesto laboratorio

clínico, ni tener mayores elementos de juicio para establecer su funcionamiento, como autorización municipal y otros, son insuficientes para acreditar la responsabilidad penal del acusado».

(Ejecutoria suprema del 4 de diciembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2304-97, Exp. N° 352-97-Lambayeque).

10. USURPACIÓN DE FUNCIONES Y USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ALCALDESA QUE OTORGA ILEGALMENTE CREDENCIAL DE ALCALDE Y ALCALDE QUE USURPA AUTORIDAD

«Alcaldesa de Huaytará que mediante Resolución Municipal reconoce y autoriza al acusado a fin de que ejerza el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santiago de Quirahuara, hasta que se lleven a cabo las elecciones complementarias y posteriormente no siendo ya alcaldesa extiende una credencial en lo que dispone siga ejerciendo el cargo, comete delito de usurpación de funciones.

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, llámese Jurado Provincial de Elecciones o Jurado Nacional, sino por encargo de la alcaldesa de Huaytará».

(Ejecutoria suprema del 3 de diciembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 3033-97, Exp. N° 437-97-Ica)

11. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ERROR DE TIPO. AUSENCIA DE NOTIFICACIÓN DEBIDA

«Gobernador que desarrolla actos propios del cargo que no fue debidamente notificado de su cese, actuando con desconocimiento de la Resolución Prefectural que así lo disponía, no incurre en delito de usurpación de funciones, ya que este delito es eminentemente doloso, esto es, que el agente debe de actuar con conciencia y voluntad de que ejerce funciones que ya no se ostentan».

(Ejecutoria suprema del 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 1355-97-Lima)

12. USURPACIÓN DE AUTORIDAD

«El testigo actuario adscrito de juzgado especializado en lo civil que siendo separado continúa ejerciendo indebidamente sus funciones, recepcionando demandas durante el turno judicial y empleando los sellos y el material del juzgado, comete delito de usurpación de autoridad».

(Ejecutoria suprema del 9 de noviembre de 1997, Exp. N° 5088-96-Lima)

13. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: INCORRECTA CALIFICACIÓN DEL DESARROLLO EJECUTIVO DEL DELITO Y PERTINENCIA DE FIJAR REPARACIÓN CIVIL PESE A EXISTENCIA DE TRANSACCIÓN JUDICIAL

«Que el ilícito penal perpetrado por el acusado Chata Mendoza, quien fungiendo de Ejecutor coactivo de la Sociedad de Beneficencia Pública de Puno dispuso se trabe bienes de la empresa agraviada, sin contar con dicha calidad, la misma que recién lo obtuvo cuatro días después, constituye delito consumado de usurpación de autoridad y no tentativa del mismo, como equivocadamente lo ha valorado la Sala Penal Superior.

Respecto a la reparación civil, cabe precisar que la obligación de abonar por este concepto se origina como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, resarcimiento que tiene como objetivo reparar los daños y perjuicios causados al sujeto pasivo y que puede solicitarse en la vía civil por daño emergente y el lucro cesante; que de otro lado, en vista que la transacción judicial ha sido celebrada entre personas jurídicas ajenas al encausado, la reparación civil debe ser fijada como resultado conexo del delito y la responsabilidad del agente».

(Ejecutoria suprema del 7 de noviembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2978-97, Exp. N° 6476-96)

14. USURPACIÓN DE FUNCIONES: RONDAS CAMPESINAS, APLICACIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO, ABSOLUCIÓN

«La intervención de los dirigentes y ronderos del poblado de Acopara - Distrito de Huántar, Áncash, ante la denuncia planteada por el esposo de la agraviada quien producto del maltrato de este abandonó su hogar y 8 hijos, no fue dolosa sino con el ánimo y espíritu de mantener unida a dicha familia; si bien se advierte que al momento de suceder los hechos hubieron excesos contra los agraviados, también debe tomarse en cuenta el ámbito cultural y geográfico, así como la inexistencia de Juez de Paz ni Gobernador a la fecha de los hechos lo que impulsó a que los encausados se abocaran a resolver dicho caso, por lo que se podría tomar el hecho como un error cultural condicionado».

(Ejecutoria suprema del 7 de noviembre de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 1217-97, Exp. N° 4160-96-Áncash)

15. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ACTOS NO COMPATIBLES, ABSOLUCIÓN

«Para que se configure el delito de usurpación de autoridad, previsto en el artículo 361 del Código Penal, es necesario que el agente realice actos compatibles con la función que usurpa, en este caso la función militar; no siendo razonable equiparar a ello la tenencia de un carné de identidad del Ejército Peruano a nombre

del mismo poseedor, al efectuársele el registro personal, con la finalidad de esclarecer la posesión ilegal de un arma de fuego».

(Ejecutoria suprema del 30 de setiembre de 1997, Exp. N° 5334-96-Lima)

16. EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN: ATIPICIDAD

«El haber instalado un kiosco para la venta de productos veterinarios no constituye ejercicio ilegal de la profesión de Medicina Veterinaria»

(Ejecutoria suprema del 3 de junio de 1997, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 6115-96, Exp. N° 413-95, Sala C, Lima)

17. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA: INTEGRACIÓN DE SENTENCIA ANTE OMISIÓN DE FIJAR PENA DE MULTA

«El colegiado al emitir la sentencia materia de grado ha omitido imponer la accesoria de multa prevista en el numeral 427 del Código Penal conforme a la facultad conferida por la penúltima parte del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, por los delitos de fe pública en agravio del Estado y ejercicio ilegal de profesión en agravio de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, integrando dicho extremo impusieron el pago de 30 días-multa que el sentenciado pagará a favor del tesoro público».

(Ejecutoria suprema del 15 de abril de 1997, Sala C, Exp. N° 5244-95-Lima)

18. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL - DENUNCIA FISCAL GASEOSA E IMPRECISA

«Los hechos imputados por el Fiscal Provincial no se han confirmado durante el proceso, a lo que debe agregarse que la denuncia fiscal resulta muy gaseosa e imprecisa, ya que se refiere a una actuación "maliciosa" del acusado en su condición de servidor público del Poder Judicial, por lo que el archivamiento definitivo del proceso se encuentra arreglado a ley».

(Ejecutoria suprema del 28 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 340-95, Exp. N° 2485-95-Huaura)

19. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA: NO SE HA PROBADO USO INDEBIDO DE DISTINTIVOS POLICIALES

«Si bien es cierto el día en que es intervenido al registro personal se le encontró al encausado en su poder un portadocumentos que contenía un carné vencido que se otorgaba a familiares de los efectivos policiales y una placa insignia de dicha institución, no se ha probado fehacientemente que dichos distintivos han sido ostentados públicamente, ni usado, ni tampoco se haya identificado con los mismos; asimismo, aunque el carné en cuestión muestra algunos signos de adulteración

no se ha demostrado que haya hecho uso del mismo; ni que exista perjuicio alguno, razón por la que ante tal ausencia de elementos que resultan indispensables para la configuración de los mencionados ilícitos, no se ha acreditado la materialidad de los mismos, menos la responsabilidad penal del referido incriminado».

(Ejecutoria suprema del 28 de noviembre de 1996, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 7856, Exp. N° 399-95-B-Junín)

20. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: NO HABIÉNDOSE PROBADO LOS CARGOS Y EXISTIENDO NEGATIVA UNIFORME Y REITERADA DEL ENCAUSADO, PROCEDE LA ABSOLUCIÓN

«De lo actuado se tiene que no se ha probado que el encausado sea el autor del delito de usurpación de autoridad por el cual se le juzga, además, este ha negado uniforme y reiteradamente la autoría del delito que se le imputa, surgiendo duda ante la insuficiencia probatoria, lo que en todo caso le favorece conforme a la garantía constitucional contemplada en el inciso undécimo del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, por lo que es procedente absolverlo».

(Ejecutoria suprema del 15 de noviembre de 1996, Exp. N° 5213-95-B-Junín)

21. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«Si la autorización para realizar servicio interprovincial de pasajeros por carretera fue solicitada y concedida por la Dirección Sub-Regional de Piura y la Dirección de Transportes y Circulación Terrestre, quienes están investidos de dicha facultad, la conducta atribuida a los procesados teniendo en cuenta la forma y circunstancias en que tuvo lugar, no configura una usurpación de autoridad».

(Ejecutoria suprema del 30 de octubre de 1996, Exp. N° 5057-95-B-Piura)

22. USURPACIÓN DE AUTORIDAD Y FE PÚBLICA: CONCURSO IDEAL DE DELITOS Y PRESCRIPCIÓN

«Teniendo en cuenta la oportunidad en que se produjeron los hechos denunciados, se trata de un concurso ideal de delitos y, por lo tanto, mal se puede invocar independientemente la prescripción de la acción penal respecto de uno de los ilícitos».

(Ejecutoria suprema del 27 de agosto de 1996, Exp. N° 3741-94-B-Lima)

23. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«No incurre en el delito de usurpación de autoridad el Juez de Paz que, en ejercicio de sus atribuciones, ordena el levantamiento del cadáver y la práctica de la autopsia».

(Ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1972 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1973, Lima, p. 227; ESPINO PÉREZ: *Código Penal,* Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 381])

24. USURPACIÓN DE AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«El delito de usurpación de autoridad consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública. No incurren en esta infracción quienes han actuado formando parte de los tribunales de disciplina de un partido político, y a los que se imputa la comisión de actos de violencia al ejercer esos cargos».

(Ejecutoria suprema del 13 de julio de 1957 [*Anales Judiciales*, 1957, Lima, p. 127; ESPINO PÉREZ: *Código Penal,* Lima, Gráfica Morsom, 1982, p. 381)

25. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ACTO PERMITIDOS

«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».

(Ejecutoria suprema del 6 de agosto de 2000, Exp. N° 1563-2001-Tacna [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson*: Delitos contra la Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 74)

26. USURPACIÓN DE FUNCIONES: ACTO NO COMPATIBLE CON EL CARGO

«La conducta del procesado de presentar una denuncia penal contra un ex Alcalde, 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 asistía los derechos por ser ciudadano y con el único propósito que tenía de moralización».

(Ejecutoria suprema del 13 de diciembre de 1994, Exp. N° 3012-93-B-Huánuco [GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo*: Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1994, p. 289)

TÍTULO III

LOS DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

SUMARIO: I. El Derecho comparado: 1. España. 2. Italia. 3. Austria. 4. Francia. **II.** El delito de atentado: 1. Atentado propio. 2. Atentado impropio. **III.** La fórmula peruana de atentado-coacción. **IV.** Perú: aspectos de técnica legislativa: 1. Artículo 365. 2. Artículo 366. 3. Artículo 367. 4. Artículo 368. 5. Artículo 369. 6. Artículo 370. 7. Artículo 371. 8. Artículo 372. 9. Artículo 373.

I. EL DERECHO COMPARADO

Tradicionalmente, las diversas figuras ordenadas bajo el *nomen iuris* delitos de atentado o de violencia y resistencia a la autoridad han sido el indicador positivizado más sintomático del denominado principio de autoridad y de la relación asimétrica entre autoridades y subordinados, entre Estado y sociedad civil.

Conocidos y contemplados en el Derecho Penal romano como delitos de resistencia, los mismos que admitían niveles intermedios y altos de lesividad, fueron objeto de competencia directa de los magistrados o considerados –los de mayor injusto– un *crimen maiestatis* (de lesa majestad) sujetos a procedimientos especiales y castigados con penas que podían llegar a la muerte para los *humilioris* (ciudadanos romanos) o el destierro para los *honestioris* (ciudadanos romanos de la nobleza, que comprendía tanto los que ocupaban altas dignaturas: senadores, cónsules, magistrados, como a los *consors* o terratenientes romanos). Castigados severamente en el Derecho Penal medieval en una sociedad intensamente estamentizada, lo encontramos en plena época del Renacimeinto fomando parte de la Constitutio Criminalis Carolina (1532) y en la modernidad europea en la Constitutio Criminalis Theresiana (1768), como crímenes contra el Estado. Incluso el Código Penal revolucionario francés de 1791 incluyó en su normativa

una detallada relación de "delitos contra el respeto y obediencia debidos a la ley y a la autoridad de los poderes constituidos para hacerla cumplir", cuya penalidad oscilaba de los 2 a los 16 años hasta la pena de muerte(558).

De poseer una alta criminalización y elevada penalidad en el Derecho Romano y en el Derecho medieval, dichas figuras penales han observado un apreciable retroceso en su nivel de injusto penal y penalización. Proceso que se observa con fuerza en la era de las grandes codificaciones normativas, tributarias del iluminismo capitalista europeo que sintetizó las aspiraciones liberales de la burguesía en el poder y que culmina a fines del siglo XX, con la tendencia político-criminal de erradicar la sección de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad de la normativa de determinados Códigos Penales como, por ejemplo, se aprecia en el Código Penal de Colombia de 1982, o más moderadamente con la tendencia a la reducción que ofrecen los Códigos Penales de Italia (1930), Austria (1973) y Francia (1993), entre otros.

Proceso democratizador y minimizante que marcha acorde con los tiempos de apertura y de respeto a los derechos humanos que ha marcado el fin del milenio. El Estado no puede tener un predominio absoluto y una preeminencia valorativa por encima de la dignidad de la persona. La funcionalidad de sus actividades y la eficacia de sus medidas no tienen por qué avasallar, bajo el pretexto del principio de autoridad y respeto de las jerarquías, al hombre común que sufre y soporta los frecuentes atropellos de los órganos del Estado, que se acentúan aún más en sociedades atrasadas y de cultura fuertemente autoritaria y despótica o de ideologías discriminadoras (en los círculos de poder) como en el caso del Perú y muchos otros países americanos.

En la legislación comparada de fines del siglo XX, se ha operado así un proceso, diríamos, democratizador en el tratamiento político criminal de los supuestos de atentado, coacción y desobediencia a la autoridad. Se ha superado la larga, antitécnica e innecesaria referencia casuística de la serie de supuestos de hechos relevantes penalmente presentes en los Códigos históricos (Francia [1810], Italia [1889], Alemania [1871], España [1850-1870-1973])(559). Igualmente se ha sintetizado y mantenido con mejor técnica

(558) Código Penal francés de 1791, Sección IV, artículo 1: «Cuando uno o varios agentes encargados, sea de la ejecución de una ley, sea de la percepción de una contribución legalmente establecida, sea de la ejecución de una sentencia, un mandato, ordenanza de justicia o de policía, así como todo depositario de la fuerza pública, actuando legalmente según el orden de sus funciones, hubieren pronunciado la siguiente fórmula: *obediencia a la ley*, quien opusiere violencias o ejerciere vías de hecho será culpable del crimen de ofensa a la ley y castigado con la pena de dos años de detención».

(559) Véase "Legislación extranjera".

de redacción un mínimo indispensable de figuras básicas comprensivas, así como han sido reguladas con penalidades adecuadas y simbolizantes las hipótesis delictivas asumidas. Ello, sin embargo, no deja de reconocer tendencias político-criminales defensistas que en estos últimos tiempos han sobrecriminalizado las figuras de desobediencia y resistencia a la autoridad, sobre todo en el Perú, en un intento de reposicionar el tan mentado principio de autoridad policial.

1. España

El Código de 1995, reformado mediante Ley Orgánica 1 del 2015, tiene ahora una redacción de mejor técnica legislativa y ha reducido el número de tipos penales (nueve en el Código de 1973) a un total de siete. Ha reconducido mejor la criminalización de los delitos y colocado penas mínimas y maximas. Castiga los actos preparatorios del delito de atentado (provocación, conspiración y proposición) con penalidades atenuadas (artículo 553). Contempla la intimación, la resistencia grave y el acometimiento a la autoridad, agentes o funcionarios públicos, cuando estos se encuentren en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Ha ampliado la protección a los funcionarios docentes o sanitarios (artículo 550). Ha considerado circunstancias agravantes el uso de armas u otros objetos peligrosos, vehículos de motor, lanzamientos de objetos, líquidos inflamables, incendios y explosivos, entre otros, que resulten peligrosos para la vida de las personas o puedan producir lesiones graves (artículo 551).

Ha contemplado la agresión y resistencia activa a la fuerza armada, bomberos, personal sanitario o equipos de socorro como al personal de seguridad privada. Extiende genéricamente la protección para los terceros que auxilien a las autoridades, sus agentes o funcionarios (artículo 554); y, finalmente (artículo 556), mediante un tipo residual ha considerado los casos de resistencia o desobediencia grave no comprendidos en el delito de atentado propio del artículo 550. Las penas oscilan de 6 meses a 6 años.

La ubicación sistemática de las figuras españolas de atentado (Código de 1995) se encuentra ordenada en el rubro «Delitos contra el orden público»; en el Código de 1973 estaban bajo el rubro «Delitos contra la seguridad interior del Estado».

2. Italia

El Código de 1930 regula por separado tres tipos básicos: violencia o amenaza a un oficial público (artículo 336), resistencia a un oficial público (artículo 337) y la violencia o amenaza a un organismo estatal (artículo

338). Un cuarto tipo penal contempla circunstancias agravantes por uso de armas, concurso de personas, organizaciones secretas y mediante escritos anónimos (artículo 339). Reformas producidas en el año año 2017 han introducido otras modalidades agravadas de delito (artículo 339-bis). Las penas oscilan de 6 meses a 7 años para los tipos básicos y de 3 años hasta 15 para los casos agravados.

El delito de violencia o amenaza italiano tiene una modalidad atenuada en cuanto penalidad si el hecho se dirige a constreñir al oficial público a cumplir un acto propio del oficio o servicio (6 meses a 3 años).

Los delitos de violencia y resistencia del Código italiano se ubican bajo el rubro genérico de los «Delitos de los particulares contra la Administración Pública».

3. Austria

El Código Penal austriaco, en su Título XIX «Acciones punibles contra el Poder del Estado», contempla las figuras de resistencia al poder del Estado (artículo 269), ataque de hecho a un funcionario (artículo 270), quebrantamiento de embargo (artículo 271), quebrantamiento de sello (artículo 272) y la figura de inutilización de bandos o edictos oficiales (artículo 273).

Las penas del Código austriaco oscilan de 6 meses a 5 años. Las novedades de este importante cuerpo de leyes radican en el hecho de definir legalmente la frase «acto relativo al ejercicio de las funciones» como la acción mediante la cual el funcionario, como órgano de la administración soberana u órgano jurisdiccional, ejercita un poder de mando o coerción (artículo 269, inciso 3), así como en contemplar en el mismo tipo penal una causal legal de atipicidad si el órgano o funcionario no está legitimado para ejercer la función que protege el tipo, o cuando sus acciones son contrarias a los preceptos penales (causal de justificación específica). Para el resto de las figuras contra el poder del Estado (artículos 271, 272 y 273), el referido Código prevé exclusión de pena si el autor restituye la cosa embargada, hace que la cosa se recupere o consigue que se logre la finalidad perseguida con el edicto. En otras palabras, el legislador penal austriaco ha positivizado la figura del arrepentimiento activo, condicionándolo a que el órgano público conozca el hecho.

4. Francia

El Código Penal francés de 1993, en el Título III «De los atentados contra la autoridad del Estado», legisla a través de sus artículos 433-3

(amenaza y actos de intimidación cometidos contra quienes ejercen una función pública) y 433-6 (resistencia violenta al ejercicio de funciones para la ejecución de las leyes, órdenes de autoridad pública y decisiones o mandatos de justicia) las figuras de atentado y resistencia, regulando modalidades agravadas de resistencia (rebelión) en los artículos 433 y 433-8.

II. EL DELITO DE ATENTADO

En el ambiente doctrinario y jurídico español e italiano es usual referirse al delito de atentado como una forma grave de agresión o ataque contra la autoridad estatal encarnada en las personas especiales que cumplen funciones de autoridad o contra los órganos del poder. En la figura de atentado se castiga, más que al resultado físico de lesión u ofensa individualizada, el irrespeto a la función pública en actividad, elemento fundamental para el desarrollo de los fines del Estado y el bienestar de la sociedad.

Dogmáticamente (es decir, desde la perspectiva de la ciencia penal), todo delito de atentado posee una naturaleza conceptualmente compleja, pues es considerado un delito de peligro para el bien jurídico, pero al mismo tiempo le es exigible un resultado concreto, verificable para que pueda alcanzar la relevancia penal necesaria que amerite la aplicación de pena. Político-criminalmente se ha articulado en el mismo rango de injusto un acto preparatorio (la amenaza) con una expresión ejecutoria indiscutible (la violencia) para ofrecernos un tipo penal que combina una naturaleza delictiva de peligro y resultado.

Los atentados pueden ser tanto a la seguridad del Estado, al orden interno, a los órganos estatales, como a la Administración Pública. Pueden ser también con alzamiento público (rebelión y sedición) o sin él. El atentado que interesa a nuestros fines es el atentado a la Administración Pública.

1. Atentado propio

El delito de atentado es propio cuando la agresión física al funcionario o autoridad se produce bajo acometimiento, es decir, mediante agresión física directa. *Acometimiento* es la embestida impetuosa, los golpes, empujones, bofetadas, disparos, lucha a brazo partido, etc.(560).

(560) No regulado específicamente en nuestra legislación penal, pero sí subsumible en los tipos penales 365 y 366.

2. Atentado impropio

La doctrina española llama *impropio* al atentado producido sin alzamiento público, esto es, sin sedición o rebelión, en el peor de los casos.

Es esta modalidad la asumida por nuestro legislador tanto de 1863, 1924 como el de 1991, y que en el reciente Código Penal español ha sido desechada como variedad relevante de atentado contra la autoridad.

III. LA FÓRMULA PERUANA DE ATENTADO-COACCIÓN

El legislador peruano de 1991 no ha seguido el modelo español de atentado del Código Penal de 1973, que hace depender la tipicidad de la figura de la descripción señalada en los delitos de rebelión y sedición (alzamiento público), los mismos que presuponen una variada gama de finalidades en la conducta ilícita del autor: derogar la Constitución, destituir al jefe de Estado, impedir elecciones, disolver las cortes, sustituir por otro el gobierno de la Nación, etc., o impedir la promulgación y ejecución de leyes, el libre ejercicio de funciones a la autoridad, corporación o funcionario, etc.

El prototipo peruano, que ha sido denominado «Delitos de violencia y resistencia a la autoridad», es de contenido más específico y orientado sobre todo al impedimento del ejercicio funcional de autoridades, funcionarios y del ejercicio del servicio de los empleados públicos. En este punto hemos seguido el paradigma italiano de 1889, suizo de 1918 y argentino de 1922.

No tienen las figuras peruanas de violencia y resistencia la riqueza de acciones criminalizadas del Código español, pero en cambio han ampliado el círculo de sujetos pasivos específicos a los servidores públicos en el supuesto del artículo 365, y han privilegiado las acciones de impedimento o constreñimiento al ejercicio funcional, razón por la cual se prefiere hablar, al momento de analizar las figuras penales objeto de este título, de delito de atentado-coacción.

IV. PERÚ: ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

El Código Penal peruano de 1991, junto al Código Penal ecuatoriano de 1974, es uno de los escasos cuerpos legislativos penales anómalos, en el contexto de los Códigos modernos y de tendencias democratizantes, que conserva la orientación conservadora y tradicional del siglo XIX, caracterizada por un fuerte principio de autoridad y marcada cultura penal autoritaria. El Código peruano, pese a su orientación finalista en teoría del delito, no ha readecuado su sistemática normativa de los delitos de atentado

a la autoridad a los tiempos actuales, presentando a la comunidad jurídica nacional y mundial discutibles ilícitos, ordenados bajo un mismo *nomen iuris* y distanciados en cuanto al bien jurídico protegido, siendo merecedor *de lege ferenda* de una necesaria modernización-simplificación en sus numerosos e innecesarios tipos penales.

Las características que, una vez analizadas, observan los tipos penales 365-373 son las siguientes:

1. Artículo 365

- Tipo penal complejo y genérico que contiene tres modalidades delictivas, las mismas que se articulan con base en los verbos rectores *«impide»*, *«obliga a practicar»* y *«estorba»*.
- De naturaleza comisiva activa, pudiendo admitir formas omisivas la tercera modalidad.
- De consumación instantánea y de resultado en sus dos primeras modalidades. La modalidad *«estorbar»* es de simple actividad.
- Tipo penal que en sus tres variantes, se halla condicionado al uso de violencia o amenaza.
- Tipo de mínima penalidad.

2. Artículo 366

- Tipo penal de atentado-coacción de carácter específico, de relativa complejidad, pues hace uso de dos verbos rectores: *impedir-trabar.*
- Figura orientada a impedir la ejecución de un acto funcional (lo que le confiere carácter específico) e igualmente condicionada a la presencia de intimidación o violencia en los actos del sujeto activo.
- De naturaleza comisiva activa, de consumación instantánea y de simple actividad.
- Tipo de penalidad moderada.

3. Artículo 367

- Tipo penal circunstanciado que establece tres niveles de agravación, dependiendo el primero de la realización del hecho por dos o mas personas o si el sujeto activo es funcionario o servidor; en

cambio, el segundo nivel de agravación enfatiza el uso de armas, causando lesión grave previsible, o cuando es cometido contra determinados funcionarios públicos (efectivos policiales, magistrados, o autoridad), entre otras circunstancias; finalmente, y esta es el de más alto nivel de pena, cuando se produce la muerte de una persona, pudiendo preverlo el agente.

4. Artículo 368

- Figura penal de relativa complejidad por el empleo de dos verbos rectores: *desobedece* o *resiste*, los mismos que configuran la presencia de dos modalidades de delito.
- De naturaleza omisiva la modalidad *«desobediencia»*, y de naturaleza comisiva activa la modalidad *«resistencia»*. La primera de consumación instantánea y de simple actividad; la segunda de consumación permanente e igualmente de simple actividad.
- Se trata de una figura penal caracterizada por la inexistencia de violencia o amenaza relevantes.
- Penalidad intermedia en su tipo básico, que se incrementa relativamente en sus modalidades agravadas relacionadas al análisis de sangre y otros fluidos, y a la resistencia en materia de medidas de protección en violencia familiar.

Artículos 368-A, 368-B, 368-C, 368-D y 368-E

En una progresiva incorporación-modificación iniciada el año 2012 hasta el año 2017, se han anexado al artículo 368 cinco artículos (368-A, 368-B, 368-C, 368-D, 368-E), que criminalizan modalidades de conducta relacionadas, las tres primeras, al ingreso de equipos o sistemas de comunicación al interior de los penales y, las dos últimas, al porte de arma de fuego, teléfonos y accesorios dentro de dichos centros de reclusión o detención. Modalidades delictivas que son castigadas con penas intermedias y altas.

La Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012, incorporó al Código Penal cinco figuras penales que afectan la seguridad y disciplina penitenciaria, y que van desde la criminalización del ingreso o tentativa de ingreso indebido de equipos o sistemas de comunicación, celulares a un centro de reclusión o de detención, hasta el ingreso o tentativa de ingreso de armas de fuego, municiones, materiales explosivos; para comprender incluso acciones de sabotaje

a las instalaciones de los establecimientos penitenciarios, en una variada miscelánea de tipos básicos y agravados, de dominio y especiales impropios.

5. Artículo 369

- Tipo penal simple de atentado específico, orientado a proteger el desempeño funcional del alto funcionariado que debe su calidad especial a un título democrático: la elección.
- Tipo penal de resultado y de comisión activa u omisiva, de consumación instantánea que puede asumir permanencia. El delito se agrava si el autor es funcionario o servidor público.
- Penalidad moderada.

6. Artículo 370

- Tipo penal de relativa complejidad, con empleo de dos verbos rectores: *destruye* o *arranca*, de orientación teleológica.
- De consumación instantánea que requiere de resultados materiales concretos, de naturaleza comisiva activa.
- Penalidad mínima.

7. Artículo 371

- Figura penal especial de autoría nominada, de relativa complejidad, que contiene dos modalidades delictivas estructuradas sobre la base de los núcleos rectores *«abstenerse de comparecer»* o *«prestar declaración»*.
- De naturaleza omisiva simple. De simple actividad, asume permanencia en su primera modalidad, siendo de consumación instantánea en la segunda.
- Penalidad mínima.

8. Artículo 372

- Figura penal compleja de evidente menosprecio a la autoridad pública. Delito de simple actividad (sustraer, cambiar, ocultar, destruir o inutilizar) como también por omisión (ocultar, inutilizar). De consumación instantánea.

- Son modalidades de resultado la inutilización y la destrucción de objetos, registros o documentos.
- Penalidad moderada en su comisión dolosa y atenuada en la culposa.

9. Artículo 373

- Tipo penal simple de un solo comportamiento relevante, de simple actividad, de consumación instantánea. Dicha consumación está condicionada a la procedencia especial de los objetos.
- Penalidad moderada.

1

ATENTADO-COACCIÓN CONTRA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** El *nomen iuris*. **IV.** Bien jurídico protegido. **V.** Sujetos activo y pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Acciones instrumentales: violencia-amenaza. 2. Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público. 3. Los sujetos agraviados: autoridad, funcionario o servidor público. **VII.** Primera modalidad delictiva: impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones. **VIII.** Segunda modalidad delictiva: obligar a practicar a la autoridad, funcionario o servidor público un determinado acto de sus funciones. **IX.** Tercera modalidad delictiva: estorbar a la autoridad, funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones. **X.** Elemento subjetivo. **XI.** Consumación y tentativa. **XII.** Penalidad. **XIII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XIV.** Participación. **XV.** Concurso de delitos. **XVI.** Legislación extranjera: 1. Suiza (1918). 2. España (1870). 3. España (1995). 4. Italia (1889). 5. Italia (1930). 6. Argentina (1922). 7. Suiza (1937).

Artículo 365: *«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».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente legal nacional directa es el artículo 321 del Código Penal de 1924, de notoria factura española[561]: *«El que, sin alzamiento público,*

(561) A su vez, el Código Penal de 1863, en su artículo 149, estableció que: *"Cometen atentado contra la autoridad, los que emplean sobre ella, sin alzamiento público, intimidación o fuerza, al tiempo de practicar sus funciones o por consecuencia de haberlas practicado.*
Si el número de reos pasare de tres el delito será motín o asonada, según los casos".

por violencia o amenaza, impidiera a una autoridad o a un funcionario ejercer sus funciones o le obligara a practicar un determinado acto de sus funciones, o le estorbare en el ejercicio de estas, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días.

La prisión será no menor de seis meses, si el hecho se cometiera a mano armada, o por una reunión de más de tres personas, o si el culpable fuera funcionario público, o si el delincuente pusiera manos en la autoridad».

Las fuentes legales extranjeras de las que se sirvió el legislador peruano son el artículo 255 del Proyecto suizo de 1918, el artículo 237 del Código Penal argentino y el artículo 263 (1) del Código español de 1870[562]. El artículo 285 del Código Penal suizo contempla una figura penal parecida a la peruana.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

El modelo peruano de atentado es un tipo penal de violencia-intimidación sobre sujetos públicos con características generales, construido sobre la base de un procedimiento de integración legal de diversos componentes típicos (de varias legislaciones penales) tomados del contexto comparado. Así, la frase *«sin alzamiento público mediante violencia o amenaza»* proviene de la legislación penal española; la frase *«le estorba en el ejercicio de estas»* tiene su fuente en la legislación penal argentina, mientras que el núcleo del tipo penal tiene como fuente de origen el aludido Proyecto suizo de 1918[563].

Con relación al modelo de 1924, la actual figura vigente ha incluido además como sujeto afectado con la conducta al *«servidor público»*, y ha distribuido las circunstancias agravantes del segundo párrafo del artículo 321 de 1924 en un tipo penal complementario del actual Código (el artículo 367).

En el Derecho comparado, Códigos Penales como el colombiano de 1980 han suprimido la mención a este delito.

(562) Véase *infra* "Legislación extranjera". Vease en Rodríguez Gutiérrez, Nicomedes: *Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 23 a 53, la evolución histórica de los delitos de atentado en la legislación española y breves comentarios a las fórmulas alemana, italiana y francesa.

(563) Véase "Legislación extranjera".

Nuestra figura penal del artículo 365, por las características mixtas de procedencia anotadas líneas atrás, se diferencia del típico delito de atentado español, siendo más bien una figura de coacción especial por la calidad de los destinatarios de la acción y por poseer una orientación finalista que se expresa en el acto de impedir. El tipo penal 365, debido a su naturaleza genérica, no hace mención de funcionarios concretos, ni diferencia entre ellos (magistrados, fiscales, funcionarios de gobiernos locales, regionales, del Ejecutivo, etc.) ni ha acudido a la técnica de ampliar el elenco de sujetos públicos agraviados, como sucede, por ejemplo, con el Código Penal español, que alude a funcionarios docentes, sanitarios, o en otros casos a personas diferentes como bomberos o quienes colaboran con los sujetos públicos. Sí, en cambio, son consideradas agravantes varias de dichas circunstancias, recogidas en el artículo 367 del Código Penal.

El *Codice Penale* italiano se caracteriza por incluir un diversificado catálogo de delitos que no solo incluyen los atentados violentos contra los funcionarios públicos (artículo 336), sino también los delitos de ultraje o falta de respeto a los funcionarios públicos (artículos 341 y 341 bis), además del delito de resistencia violenta a un funcionario público (artículo 337) y la violencia o amenaza a un cuerpo político, administrativo o judicial, o a uno de sus integrantes (artículo 338), además de circunstancias agravantes (artículos 339 y 339 bis). Sin embargo, no contempla el delito de desobediencia sin violencia o amenaza.

III. EL *NOMEN IURIS*

En los Códigos Penales sumillados, de los varios que se han publicado en el país[564], se denomina a esta figura *«atentado contra autoridad»* o *«atentado a la autoridad»*, a semejanza de la nomenclatura empleada en el Código Penal español y la utilizada por algunos penalistas argentinos (Creus, Soler, etc.). Sin embargo, ni los contenidos típicos españoles y argentinos de atentado son los mismos que los que contempla nuestro artículo 365, ni aluden exclusivamente a comportamientos de coacción típica[565]. Resulta incorrecto e inadecuado, por lo mismo, el *nomen iuris*

(564) Véase Portocarrero Hidalgo, Juan: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 43; Ángeles Gonzáles y Frisancho Aparicio: *Código Penal*, cit., T. VII, p. 3149.

(565) Ver "Legislación Extranjera". Para una noción del concepto "atentado", revísese Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890, T. II, pp. 303 y 304. El Código Penal español construye su figura de *"atentado propio"* sobre la base de la noción de acometimiento contra la autoridad.

«atentado contra autoridad», pues se trata más propiamente de coacción contra autoridad, funcionario o servidor público.

IV. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal es el buen funcionamiento de la Administración Pública, bien jurídico de naturaleza institucional y supraindividual. El interés específico protegido es garantizar la libre determinación y eficacia de las funciones públicas y de la voluntad estatal, encarnada en autoridades, funcionarios y servidores públicos, quienes actúan en función de intereses generales, adecuando sus actos a legalidad y en servicio a la Nación, de conformidad a un ejercicio legítimo de sus atribuciones. Se trata así de asegurar escenarios de actuación de los sujetos públicos libre de obstaculizaciones, interferencias o coacción. Los alcances del bien jurídico, como resulta evidente, toma a la Administración Pública (protección jurídica) y los funcionarios y servidores públicos (protección jurídico-material, en tanto sujetos sobre los que recae la acción), que constituyen una unidad jurídica de acción con sustento constitucional. No son así el individuo funcionario o servidor los merecedores de protección, sino la función y la voluntad que representan y ejercitan-ejecutan en servicio de los fines públicos. Focalizar al individuo funcionario como objeto de protección llevaría a enfatizar inadecuadamente relaciones intrapersonales conflictivas que usualmente se suscitan al momento de la acción entre agresor y víctima material. Nos dice Lorente Velasco: "Lo que se protege es una función, un papel constitucionalmente establecido, de cuyo desempeño depende el buen funcionamiento del Estado, la salvaguarda del orden vigente y el mantenimiento de la seguridad ciudadana"(566).

La importancia de brindar protección penal a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones ha sido adecuadamente expresada por Alberto Donna: "(...) es preciso, por un lado, proteger las funciones que desempeña el funcionario o la persona que le presta asistencia para asegurar su digna y eficiente ejecución, en tanto que por otro, dichas personas requieren una protección penal más vigorosa a causa de su misión y de sus deberes profesionales que, a veces, les obligan a lesionar derechos o intereses individuales, razón por la que se hallan más expuestos que otros ciudadanos a ataques contra su persona"(567). Criterio que fue sostenido en

(566) Lorente Velasco, Susana: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 163.

(567) Donna, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, segunda edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 60.

la doctrina española de la tercera década del siglo XX por CUELLO CALÓN, quien señalaba que casi la totalidad de las disposiciones contenidas en este grupo de infracciones están encaminadas a asegurar una protección penal especial a las autoridades y a sus agentes(568).

Han sido desestimadas, en la doctrina actual y la jurisprudencia comparada dominante, la tesis de protección del principio de autoridad y de la dignidad de la función pública, de la que daba cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de conformidad a la interpretación efectuada a los precedentes Códigos ya derogados de dicho país(569), por no hallarse a tono con el principio democrático de las sociedades. El sentido marcadamente autoritario y fácilmente manipulable del principio de autoridad no encaja propiamente con los postulados de una sociedad democrática. La dignidad de la función pública expresa un concepto subjetivo harto discutible.

Si bien es correcto anotar que no es la dignidad de la persona natural que encarna la autoridad, funcionario o servidor público el objeto de la protección penal, ni en rigor la dignidad de la función pública o de los órganos públicos; sin embargo, como bien anota CUERDA ARNAU, estos últimos merecen y precisan el respeto de los ciudadanos, lo que le permite sostener a dicha profesora que no habría inconveniente en seguir manteniendo la tesis de la dignidad, entendida funcionalmente como requisito imprescindible de buen funcionamiento de los poderes públicos(570).

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Nicomedes nos muestra en su obra *Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 53 a 62, la evolución de la doctrina española sobre el bien jurídico protegido en los delitos de atentado.

Resulta de interés reflexionar sobre lo dicho por la STS español 4560/2000, del 4 de mayo, cuando sostiene: "En una sociedad democrática

(568) CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 139.

(569) Tómese como dato indicador, por ejemplo, la STS del 23 de enero de 1987, RJD 1987, 501, que incluso en plena construcción de la sociedad democrática en España decía lo siguiente: "*Las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos, cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, merecen una especial protección (...) siendo la* ratio esendi *de la protección que, dichas autoridades, agentes o funcionarios, encarnan y representan el principio de autoridad, participando en mayor o menor medida, de la* 'autorictas'*, del* 'imperium' *y de la* 'potestas' *que dimana de todo ente público*", citado por LORENTE VELASCO, Susana: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, cit., p. 49. La autora efectúa una pormenorizada exposición y análisis histórico sobre el bien jurídico en estos delitos.

(570) CUERDA ARNAU, María Luisa: *Derecho Penal Parte especial*, libro colectivo dirigido por J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, Valencia Tirant lo Blanch, 2016, p. 740.

en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la necesidad de que los agentes públicos que actúan en servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario se resentiría la convivencia ciudadana que se vería seriamente afectada, por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas".

La Corte Suprema ha precisado lo siguiente en materia de bien jurídico: "El ius imperio del Estado se expresa a través del ejercicio legítimo del poder, de aquellas autoridades que en su proceder funcionarial toman ciertas decisiones, cuya concreción puede importar afectación a los derechos subjetivos de los particulares. Constituyen actos que atentan contra el ejercicio de la actuación pública, perturbándose su naturaleza ejecutiva, cuando el agente impide a una autoridad el ejercicio de sus acciones o le estorba en el ejercicio de estas. La protección penal acordada por este tipo penal se asienta en la necesidad de proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución"[571].

En la jurisprudencia casatoria italiana se ha precisado que el interés tutelado en este delito no es la tutela de la incolumidad física del funcionario público; sí, en cambio, la libertad del mismo en el cumplimiento de los actos de su cargo. Integrando, por tanto, el delito cualquier comportamiento manifiesta e intencionalmente agresivo e idóneo para generar temor y limitar la libertad de acción del sujeto pasivo (Cass. pen., I, 14 marzo, 1988, n. 3316). DELPINO pone de manifiesto los pareceres de la doctrina italiana acerca de la constitucionalidad de esta modalidad delictiva que desde el Derecho Penal da una protección reforzada a los funcionarios públicos, propia de un estado totalitario, afectando el principio de igualdad[572], los que, sin embargo, no han impedido que la Corte Constitucional confirme la legitimidad de dicha norma penal.

V. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un militar o un funcionario o servidor público.

El Estado titulariza al sujeto pasivo genérico del delito.

(571) Ejecutoria suprema, R. N. N° 1232-2010, del 27 de abril de 2011, Loreto, Sala Penal.

(572) Véase DELPINO, Luigi: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, cit., p. 128.

Los sujetos especiales directamente agredidos, esto es, quienes soportan la conducta de intimidación, violencia o el comportamiento coactivo, constituyen sujetos afectados o agraviados por la acción ilícita. Sin embargo, existe en la doctrina posiciones discordantes. Así. MUÑOZ CONDE le da el nombre de sujeto pasivo a la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos(573), y en esa comprensión lo ha estimado la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo español. En cambio, CUERDA ARNAU considera que la condición de sujeto pasivo en sentido estricto le corresponde al Estado, al ser él el que ostenta tal función, no poseyendo dicha titularidad los funcionarios agredidos, a quienes los considera sujetos pasivos de la acción(574).

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Estamos frente a una figura penal que de no mediar la calidad especial de los sujetos pasivos directos podría constituir un delito agravado de coacciones.

Nuestra figura penal ha integrado tres modalidades delictivas en un mismo tipo penal: **a)** impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones; **b)** obligar a autoridad, funcionario o servidor público a practicar un determinado acto de sus funciones; y **c)** estorbar a dichos sujetos en el ejercicio de sus funciones. Modalidades violentas o intimidatorias que se construyen a partir de comportamientos típicos, que, como bien señala la jurisprudencia penal casatoria italiana, deben ser adecuadas para obstaculizar el ejercicio del complejo de competencias y funciones del funcionario público, no asumiendo relevancia el específico servicio en concreto que realiza este (Cass, pen., sez. VI, 27 marzo 2017, n. 14883). Se precisa también que "cuando el comportamiento agresivo hacia el funcionario público no se dirige a constreñir al sujeto público a hacer un acto contrario al propio deber o a impedir un acto propio del cargo, siendo solamente expresiones de vulgaridad injuriosa y de afirmaciones genéricamente amenazantes sin ninguna finalidad de incidir en la actividad del cargo o del servicio, la conducta no integra el delito" (Cass, pen., sez. VI, 3 giugnio 2015, n. 23684).

(573) MUÑOZ CONDE, Fco: *Derecho Penal, Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 887. Igualmente, CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2157.

(574) CUERDA ARNAU, María Luisa: *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Los núcleos rectores son:

- Impedir ejercer (primera modalidad).
- Obligar a practicar (segunda modalidad).
- Estorbar (tercera modalidad).

Las acciones instrumentales son la violencia y/o la amenaza.

1. Acciones instrumentales: violencia-amenaza

Los medios objetivos para facilitar el delito, esto es, las acciones instrumentales usadas por el sujeto activo del delito para obtener los fines típicos son dos: la *violencia* y la *amenaza*. Ambas potencian la conducta típica del impedimento, la coacción o el estorbamiento. La oposición o el enfrentamiento a los actos funcionariales del sujeto público necesariamente tienen que ser reconducidos por dichas acciones facilitadoras, sin ellas no es posible la configuración de los delitos regulados en los tipos penales 365 ni 366 del Código Penal, ni podrían perfeccionarse las agravantes del artículo 367 del citado cuerpo sustantivo de normas penales.

Violencia es el empleo de la fuerza o energía física sobre las personas especiales señaladas en el tipo legal para el logro de los resultados establecidos en la figura penal, tratándose, por tanto, de una violencia instrumental. La noción de violencia también abarca la fuerza física sobre las cosas, cuando esta es usada como medio para dificultar o imposibilitarle (al sujeto público) el ejercicio de sus funciones. Cabe considerar aquí, y en función del supuesto de impedir ejercer, la llamada *violencia impropia* (narcotizaciones, privación del estado de vigilia por medios sofisticados)[575]. Se trata, como señala MANZINI, de una violencia pública, ya que el hecho agresivo debe haberse realizado para determinar al sujeto público según la voluntad del delincuente[576]. De tal forma que violencias ejercidas para obtener propósitos o efectos distintos carecerán de relevancia típica (por ejemplo, la ejercida para el cobro de una deuda, por un asunto personal, rivalidades profesionales, etc.). La violencia puede ser ejercida antes del desarrollo de los actos funcionales en la primera modalidad delictiva, pero aún ello no consumará el delito. Asimismo, la violencia puede ser ejercida directamente sobre el sujeto pasivo o de forma indirecta por medios mecánicos (u otros) dirigidos sin requerir la presencia del sujeto activo del delito, o empleando

(575) Igual opinión tiene CEREZO MIR, para quien incluso el suministro de bebidas alcohólicas y la hipnotización están incluidas en la agresión.

(576) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 9, Vol. IV, p. 94.

instrumentos (casos de autoría mediata en las que se hace uso de terceras personas). La violencia física debe ser idónea para producir los efectos deseados, pero no debe llegar hasta el grado de ocasionar lesiones graves, pues implicaría rebasar el tipo 365, subsumiéndose el supuesto de hecho en la agravante del artículo 367 (inciso 4). El grado mínimo de violencia requerida deberá ser evaluada judicialmente, tomando en cuenta criterios promedios exigibles de vencibilidad de la violencia ejercida.

La violencia puede ser ejercida sobre el sujeto autoridad, funcionario o servidor, 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 del sujeto activo. No puede considerarse violencia la normal resistencia que pueda poner en acción el afectado por la medida o por el ejercicio de la acción funcional o las vías de hecho precedidas o concomitantes con una intensa indignación con la que reacciona el o la imputada al considerarse víctima de una injusticia o abuso o que se correspondan con un contexto de gran tensión(577). En estos supuestos faltará el dolo característico del delito. Igualmente, en los casos que el imputado se haya defendido de las agresiones físicas del efectivo policial o del funcionario, pues en tales casos le asiste al imputado una causal de justificación ante la agresión ilegítima.

Son casos de violencia la denominada puesta de manos o vía de hechos sobre el funcionario o el acometimiento (golpes con objetos diversos peligrosos: palos, piedras; puñetazos, patadas, bofetadas, mordiscos, arañazos, empujones violentos o de cierta intensidad, el lanzamiento de objetos, lejía, abalanzarse sobre el funcionario y hacerle caer, etc); además, atropellar o arrastrar con el vehículo, o dirigirlo hacia el cuerpo del sujeto público (con o sin orden de que se detenga); disparar el arma de fuego con lesión, incendios, secuestros temporales, etc.(578). No así el intercambio de palabras entre los imputados y los funcionarios públicos que puede llegar incluso al faltamiento de respeto(579). Cabe precisar que los actos de violencia

(577) Véase al respecto la STS N° 920/1996, del 25 de noviembre, en la que se consideró fuera de los alcances del tipo legal de resistencia a la autoridad la conducta de la procesada de propinar una bofetada en la mejilla a un concejal del Ayuntamiento de Sestao (provincia de Viscaya) hecho en un contexto de gran tensión, con mutuo enfrentamiento verbal y cruce de imprecaciones.

(578) Ejecutoria suprema de 4 de noviembre de 1996, Exp. N° 2964-95-B, Lima; asimismo, la ejecutoria superior del 12 de enero de 1998, Sala de Apelaciones de Lima con Reos Libres.

(579) En tal sentido, la ejecutoria superior del 13 de julio de 1998, Exp. N° 137-98, en Baca Cabrera, Denyse y otros: *Jurisprudencia penal procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 493, véase en las sumillas jurisprudenciales. Igualmente, en el mismo sentido, véase la ejecutoria suprema en el Exp. N° 8831-97, del 13 de agosto de 1998, Lima, Sala Penal, que consideró que el intercambio de palabras entre el procesado y los efectivos policiales que llegó a un faltamiento

del sujeto activo deberán estar contextualizados conforme a su naturaleza instrumental, contemplada en el tipo penal, es decir, dichos actos deberán hallarse orientados a impedir, coaccionar o estorbar los actos funcionales del sujeto público. Lo mismo acontece con la amenaza. Por fuera de dicho contexto de instrumentalidad no hay posibilidad de entender la agravante en su ámbito de relevancia penal.

La Corte Suprema, en referencia al artículo 365 del Código Penal, con base en un supuesto que, conforme a la acusación fiscal, supuso que los procesados impidieron el libre ingreso al local de la subdirectora de nivel primario de la Gran Unidad Escolar Sánchez Carrión, resistiendo así el cumplimiento de una resolución administrativa dictada por autoridad competente, señala que "este tipo penal para su consumación exige que la conducta que realice el sujeto activo se haya dado con violencia o amenaza, entendida esta como una intromisión irresistible en la esfera de libertad de los ciudadanos, con el objeto de que se haga o se deje de hacer aquello que no quería; que de la revisión de autos se advierte que si bien entre los procesados y la agraviada existió un intercambio de palabras, conforme se advierte del acta de visualización de video, donde consta que el día de los hechos los encausados portaban banderolas y pancartas (...) protestando porque no permitirían la reasignación de una autoridad que no se ha llevado de conformidad a las normas; que en este sentido, dado como acontecieron los hechos, se advierte que los encausados solo ejercieron su derecho a la libertad de opinión sobre una supuesta afectación a sus intereses legítimos, no advirtiéndose el ejercicio a la violencia o la amenaza; por lo tanto, al no acreditarse uno de los elementos objetivos del tipo penal la conducta de los encausados resulta atípica"[580].

El segundo medio típico de coacción es la ***amenaza***, que consiste en la intimidación o el anuncio de un mal probable y posible de ocurrencia futura que afectará al sujeto público o allegados a él. 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. Así, los disparos al aire que realiza el sujeto activo con la finalidad de impedir que el secretario de juzgado lleve a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada sobre su inmueble[581], la exhibición de arma blanca u objeto contundente, o impedir la salida del funcionario. No en

---

de respeto, de por sí censurable, no constituye elemento probatorio suficiente de la existencia de violencia o amenaza.

(580) R. N. N° 2484-2010, del 15 de junio de 2011, La Libertad, Sala Penal Permanente.

(581) Ejecutoria superior del 1 de octubre de 1998, Exp. N° 137-98, en Baca Cabrera: cit., p. 496.

todos los casos la amenaza necesariamente deberá ser grave o ejecutable, pero deberá poseer entidad de modo que intimide al sujeto público. En este punto, por ejemplo, THORMANN y VON OVERBECK, analizando el artículo 285 del Código Penal suizo, sostienen que el hecho de que la amenaza sea intencionada o incluso posible no forma parte de los hechos, solo tiene que parecer grave a la persona amenazada(582).

La jurisprudencia española ha distinguido el uso intimidatorio del arma con el uso efectivo de la misma, el primero forma parte de la amenaza; el segundo, del atentado con armas que figuraba en el artículo 552.2 del Código Penal español, antes de ser derogado por Ley Orgánica 1-2015, exigiéndose el efectivo uso durante la agresión(583). Así, la STS N° 1318/1998, del 5 de noviembre, indica: "Si el arma no es utilizada para la verificación de una agresión o acometimiento, sino para objetivo distinto, cual pudiera ser la intimidación del sujeto pasivo, no entrará en juego la circunstancia que nos ocupa; intimidar con armas no puede parangonarse a agredir con armas".

La amenaza deberá ser, igual que la violencia, idónea para obtener el efecto buscado; es decir, tener aptitud causal para inducir o determinar al sujeto pasivo, esto es ser grave, seria, posible, y de real e inminente realización. Las amenazas pueden ser directas o indirectas(584). La norma penal no hace referencia a la amenaza grave, como sucede en otros tipos penales, lo cual, sin embargo, no excluye desestimar las características inherentes a toda amenza. Amenzas leves o de poca entidad podrían configurar, como bien sostiene LORENTE VELASCO, una falta de respeto o consideración debida al funcionario, mas no la acción instrumental que exige el tipo penal(585).

La jurisprudencia italiana alude a la amenaza directa (personal) como también la amenaza indirecta en su calidad de medio idóneo, esto es, con capacidad de coartar la libertad de acción del funcionario público (Cass. Pen., sez. VI, 19 febraio 2008).

2. Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público

El comportamiento del agente deberá estar al margen de *alzamiento público*. Con esta frase típicamente castellana se quiere enfatizar que el

(582) THORMANN, Ph. Und VON OVERBECK, A.: *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, Zurich, Schulthess &Co, 1979, p. 404.

(583) Al respecto, CUERDA ARNAU: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 743.

(584) Un detallado estudio sobre la violencia y la amenaza instrumentales véase en ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra el patrimonio,* Volumen I, Lima, Grijley, 2000, pp. 365 a 391; idem. *Delitos de Hurto y Robo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2020, pp. 273 y ss.

(585) Véase LORENTE VELASCO, Susana: *Delitos de atentado*, cit., p. 195.

atentado o coacción ejercido sobre los sujetos públicos no deberá poseer el contenido ilícito de una sedición pública. Este alzamiento en la legislación española no es sinónimo necesariamente de alzamiento armado ni supone la existencia obligatoria de daños materiales. En palabras de RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, «alzamiento público» presupone que los rebeldes expresen declarada y abiertamente su hostilidad o enemistad, sea con hechos, ora con proclamas, concitando los ánimos para lograr los fines buscados(586).

Entonces, si la conducta del sujeto activo se practica en situaciones de alzamiento público, es decir, secundado por otras personas, con hostilidad declarada y de modo público, la figura dejará ser típica del artículo 365, para pasar a constituir el delito previsto en el artículo 347 del Código Penal (sedición). Los delitos de rebelión y sedición contemplados en nuestro Código requieren la presencia del componente material de las armas: alzamiento armado. Por lo mismo, la frase *«alzamiento público»* en tales hipótesis legales subsume el *«alzamiento armado»*.

El **Código Penal alemán** posee una interesante regulación que compensa la injerencia punitiva en esta sensible modalidad de delito, muy dada a generar excesos en la intervención de los funcionarios o pasible de calificaciones fiscales o judiciales que pueden estar desprovistas de objetividad. Señala el artículo 113.III del delito de resistencia contra funcionario ejecutor (*Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte*): "*El hecho no será punible cuando el acto de servicio no sea conforme a derecho. Esto también será así cuando el autor asuma erróneamente que el acto de servicio es conforme a derecho*". El inciso IV del mismo artículo, por su parte, regula hipótesis de error y fija implicancias jurídicas con las siguientes palabras: "Cuando el autor asuma erróneamente, durante la comisión del hecho, que el acto de servicio no sea conforme a derecho, y pudiese evitar el error, entonces el Tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (artículo 49, apartado II) o, en caso de culpa leve, prescindir de pena de acuerdo a este precepto. Cuando el autor no pudiese evitar el error y no se le pudiese tampoco requerir, de acuerdo a las circunstancias por él conocidas, defenderse con recursos jurídicos contra el acto de servicio ilegal evitable, el hecho no será punible de acuerdo a este precepto. Cuando se le pudiese instar a ello el tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer o prescinidr de pena de acuerdo a este precepto".

(586) Véase de dichos autores *Derecho Penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 841.

3. Los sujetos agraviados: autoridad, funcionario o servidor público

La norma penal ha querido ser detallista al nominar las tres más usuales clases de sujetos públicos afectados directamente. La autoridad es una clase especial de funcionario público caracterizada por estar dotada, además del poder de decisión de todo funcionario, de la capacidad de mando y jurisdicción. En la cúspide del rango autoridad se halla el Presidente de la República y a nivel de base como la célula básica del poder político, el teniente gobernador. Tanto sobre autoridad, funcionario y servidor público se ha discurrido con cierto detalle y abundamiento en la primera parte de esta obra, a la que remitimos(587).

VII. PRIMERA MODALIDAD DELICTIVA: IMPEDIR A UNA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EJERCER SUS FUNCIONES

La violencia o amenaza que no suponga alzamiento público ejercida por el sujeto activo del delito tiene una finalidad específica: impedir que los sujetos pasivos (uno de ellos o todos) ejerzan sus funciones. Es obvia la existencia de una relación entre conducta ilícita y efecto deseado (lograr la omisión material de un acto).

Impedir es un verbo transitivo de acción que significa hacer que un suceso, efecto o algo no se ejecute, no se produzca o no sea posible de concretarse si ya ha sido iniciada, es imposibilitar el ejercicio de las funciones propias de la «autoridad», «funcionario» o «servidor». Por lo tanto, esta primera modalidad de coacción al sujeto público es de naturaleza comisiva y de resultado. No basta, para ser típica, que se produzca el intento o que el sujeto activo del delito desarrolle una simple actividad tendiente a impedir, debe impedir, obstaculizar, imposibilitar. Todo lo que no acceda al resultado es tentativa(588). Señala Aboso que impide el autor cuando logra que la ejecución del acto funcional se interrumpa en ese momento y haga necesario diferir su materialización para otra ocasión, o bien cuando dicha interrupción afecta la oportunidad de su realización. Por su parte, estorba el autor (por ejemplo, empleando su propio cuerpo) cuando el acto

(587) Ver *supra,* Tomo I, p. 73 y ss.; ídem, p. 153 y ss.

(588) Ángeles y Frisancho conceptúan que el impedir no es un resultado, sino una actividad por sí misma consumativa del tipo, idea que no compartimos (*Código Penal,* cit., T. VII, p. 3155). Hugo Álvarez, por su parte, considera que impedir es imposibilitar la ejecución de funciones públicas competentes por parte de un particular (tipo básico) o un funcionario público (tipo agravado), véase de Hugo Álvarez, Jorge: "El delito de violencia y resistencia a la autoridad", *Actualidad Penal*, mayo 2016, Vol. 23, Lima, Instituto Pacífico, p. 55.

funcional no puede ejecutarse de manera ordenada y requiere una innecesaria prolongación de su ejecución(589).

No es requerible la publicidad de los actos de consumación del delito, así como resulta irrelevante que el fin deseado por el sujeto activo del delito al impedir responda a un motivo justo o injusto. Lo que sí es imprescindible es que el acto que se impide sea un acto de función, es decir, un acto propio del cargo, establecido por ley, reglamento, mandato u orden legítima bajo el estricto marco de la competencia del sujeto especial. Si es que el sujeto activo trata o impide un acto abusivo o ilícito a ser cometido por el sujeto público, habrá una causal que tornará justificado su comportamiento(590).

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

Ejercer funciones es desarrollar, los sujetos públicos (funcionarios, autoridades y servidores públicos), aquellos ámbitos de acción institucionales relacionados con sus atribuciones o competencias. Es la ejecutivización de las atribuciones o competencias propias del sujeto público. Ejercicio de funciones que se presume es lícito, ajustado a legalidad. Autoridades o funcionarios que se extralimitan o abusan de sus funciones están por fuera de dicho componente normativo de ejercicio, con mayor razón cuando ello suponga violencia (agresión física) o intimidación a los ciudadanos. Como señala Cuerda Arnau, el funcionario público en tales casos no se hallarán en ejercicio de funciones públicas(591).

Los actos ilícitos del sujeto activo orientados a impedir o que efectivamente impiden dicho ejercicio están considerados tanto en un sentido estricto de coincidencia con las acciones del funcionario/autoridad/servidor público para bloquearlas o hacerlas de imposible ejecución cuando se esta llevando a cabo el acto funcional, como por igual antes de que el sujeto

(589) Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., IB de F, 2018, p. 241.

(590) En este punto, como bien observa Fontán Balestra, puede presentarse la situación de que el acto funcional sea legal, lícito, pero su aplicación o ejecución revista ilicitud (*Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 156).

(591) Cuerda Arnau, María Luisa: "Delitos contra el orden público", en González Cussac, J. L. (coordinador): *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 744.

público ejecutivice sus funciones, esto es, anticipándose a ellas, logrando el mismo resultado, por ejemplo, impidiendo violentamente o con amenazas que llegue o acceda al lugar. El tipo penal español (artículo 550) alude a la frase "en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas", con lo que amplía el marco de tipicidad de la conducta.

El *lugar* de la comisión del ilícito penal se halla determinado por la del ejercicio de la función, es decir, puede ser tanto en el local u oficinas del sujeto pasivo directo como en los sitios donde estén funcionarios, autoridades o servidores públicos cumpliendo sus atribuciones.

Con relación al **exceso o extralimitación** en el ejercico de funciones, considera la jurisprudencia española lo siguiente: "Si la autoridad, el agente o el funcionario se extralimitan en su actuación, pierden su condición pública y no merecen la protección penal" (STS N° 589/2006, del 1 de julio). "Cuando los sujetos pasivos del atentado se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido pierden la cualidad que fundamenta la especial protección de la ley, pues lo que se protege es el ejercicio específico de la autoridad en la medida que ello permita asegurar el orden público del Estado. Comporta la reducción a un mero particular de la autoridad, y así se ha estimado que la misma concurre cuando insultan, provocan y se dirigen en actitud amenazadora contra la persona a quien intentan imponer su mandato, cuando existe una actitud de provocación por parte de la autoridad, cuando se profieren por la misma insultos o injurias. En definitiva, cuando, la autoridad, agente o funcionario público se excede en sus funciones de modo que es tal el exceso el que provoca la reacción violenta del sujeto activo del hecho, ese exceso hace perder la condición pública en base a la cual la ley protege a dicho sujeto pasivo en estos delitos, en cuanto tal protección solo está concebida para el caso de moverse dentro de su actuación normal, conforme a derecho, de modo que la notoria extralimitación del sujeto pasivo en el ejercicio de sus funciones le priva de la especial protección que le dispensa este artículo y le convierte en mero particular" (STS N° 146/2006, del 24 de setiembre). "Es requisito imprescindible que el sujeto pasivo no haya perdido la razón de ser de esa especial protección, por uso abusivo o notoria extralimitación en sus funciones, que en cualquier caso nunca cabe presumirse, sino que ha de acreditarse suficientemente y consignarse en la narración fáctica que sirva de base a la resolución (STS N° 146/2006, del 10 de febrero). "Se trata de un concepto a valorar según las circunstancias concurrentes" (STS N° 747/98, del 28 de abril).

VIII. SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA: OBLIGAR A PRACTICAR A LA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO UN DETERMINADO ACTO DE SUS FUNCIONES

A diferencia de lo que ocurre en la primera modalidad delictiva, aquí el sujeto activo direcciona sus actos de violencia o amenaza (o ambos) para comisivamente constreñir y lograr que el funcionario o servidor realice un acto funcional propio de la competencia de su cargo o empleo. Estamos así ante 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– cuándo hacerlo. Ejemplos: fiscal que se ve obligado por violencia o amenaza a formular denuncia, formalizar investigación preparatoria o archivar una investigación preliminar, y bajo circunstancias de tiempo que quedan a capricho del agente coactor; juez que se ve obligado (por violencia o amenaza) a sentenciar; prefecto que es constreñido por el sujeto activo (particular o un colectivo humano) a otorgar permiso para un mitin, etc. También en esta modalidad el sujeto activo puede obligar al sujeto pasivo a realizar un acto de oficio que retarda, omite o rehúsa. Como se observa y se remarca, nuevamente tiene que tratarse de actos propios del cargo, obligarle al sujeto público a practicar actos que no son de su competencia no configura el delito en examen. La validez de los actos practicados así bajo circunstancias de coacción comprobada carece de juridicidad o, con palabras de Ángeles y Frisancho, carecen de eficacia legal, no pudiendo ser tenidos como verdaderos actos funcionales[592]. En la misma idea Hugo Álvarez[593].

Puede suceder que los actos de demora, que le puedan ser imputables extrapenalmente al sujeto público para decidir, impulsar o proveer, provoquen daños o perjuicios al sujeto activo, quien opta por actuar en el sentido del tipo penal, situación que puede generar una causal de justificación de la antijuridicidad del hecho. Pero es inherente a las características de la figura penal, en esta segunda modalidad, la circunstancia de que el sujeto público dispone libremente y a su criterio de los plazos legales para actuar, siendo por lo mismo inadmisible para el Derecho Penal y para el ejercicio funcional que el particular u otro haga uso de medios antijurídicos (violencia y/o amenaza) para constreñir al sujeto público al cumplimiento de los actos de su función.

(592) Ángeles y Frisancho: *Código Penal*, cit., T. VII, p. 3156.

(593) Hugo Álvarez, Jorge: "El delito de violencia y resistencia a la autoridad", cit., p. 59.

IX. TERCERA MODALIDAD DELICTIVA: ESTORBAR A LA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Es evidente que *«estorbar»* es una acción delictiva de menor gravitación que la conducta *«impedir»* y *«obligar a practicar»*. No obstante, recibe el mismo trato punitivo que las dos primeras modalidades. Esto contradice naturalmente el principio de culpabilidad por el hecho y la proporcionalidad de las penas. Cabe indicar que la fuente extranjera, el inciso 2 del artículo 241 argentino, castiga con prisión de 15 días a 6 meses, mientras que la figura de atentado mediante coacción para exigir la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones es castigada con prisión de 1 mes a 1 año (artículo 237, Código Penal argentino). Como se aprecia, una de las fuentes extranjeras de la cual el legislador peruano copió el modelo observa estrictamente el principio de proporcionalidad de las penas en función de la cantidad de injusto penal de los comportamientos, principio que no ha sido respetado por nuestros legisladores.

Estorbar en el ejercicio de funciones mediante violencia o amenaza es poner activamente obstáculos no insuperables, dificultar, incomodar o molestar a los sujetos especiales que se hallan ya en ejercicio de sus funciones. En esta modalidad, como bien señala SOLER, el autor del delito no intenta hacer ejecutar su voluntad por medio del órgano del Estado y, por lo mismo, no ejerce presión alguna sobre la facultad de determinación de este[594]. El motivo que tenga el sujeto activo del delito puede ser de orden múltiple, siendo por lo mismo irrelevante (por diferencias políticas, personales, etc.), así como la modalidad o forma desplegada de estorbo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español tiene una lectura estricta del **ejercico de funciones** y una más amplia de conformidad a la redacción de su artículo 550, que contiene además la frase "con ocasión de ellas": (i) significa que el autor debe haber dirigido la agresión contra el funcionario cuando esté ejerciendo un acto de autoridad propio de su función o cumpliendo con una función representativa de la autoridad de la que su cargo está investido (STS N° 74/2006, del 24 de enero); (ii) con esta expresión se quiere significar que el acto violento debe tener por causa, motivo o referencia no solo las actividades que a la sazón realiza el sujeto pasivo dentro de sus funciones públicas, sino las que ejerció o ejercerá en lo sucesivo. El hecho ilícito ha de tener su causa o motivación en la contemplación de las funciones públicas propias del cargo (STS N° 589/2006,

(594) SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 113.

del 1 de julio); (iii) nuestra jurisprudencia ha reputado que comete el atentado con ocasión de "ejecutar las funciones del cargo": a) cuando el acto violento dirigido contra la autoridad o funcionario tenga por causa, motivo o referencia no solo las actividades que a la sazón realiza dentro de sus funciones públicas, sino las que ejerció o ejercerá en lo sucesivo; b) "con ocasión de ellas" equivale a sufrir las consecuencias de haberlas ejercido; c) "con ocasión de ellas" también significa en directa contemplación a la actividad funcionarial realizada; d) también alcanza el término "con ocasión de ellas" a la protección *post officci*, siempre que lesiones al bien jurídico protegido se hayan producido *in contemplatione officci*, o sea, por venganza o resentimiento de los actos realizados en cumplimiento de la función, aun cuando hubiese cesado en el desempeño de la misma (STS N° 57/2010, del 10 de febrero).

X. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso en las tres modalidades del tipo. El dolo requerido es el dolo directo, dado que el sujeto activo busca una específica finalidad que tiene que ser lograda. El dolo supone el conocimiento por parte del agente de la calidad especial del sujeto pasivo y de que está ejerciendo legítimamente sus funciones. Igualmente comprende la consciencia de que impide, obliga a practicar o estorba dicho ejercicio funcional, dolo que integra conocimiento y voluntad de realización del comportamiento típico.

El error de tipo invencible torna inexistente la tipicidad y, por lo tanto, el delito mismo, dejando subsistentes las lesiones generadas por los actos de violencia, de ser estas intensas de forma que generen tipicidad penalmente relevante a título de delitos o faltas.

La ausencia de dolo hace atípica la figura penal. Precisamente por no haberse probado que el sujeto activo tenía conocimiento de la calidad funcional del sujeto público y del acto funcional que este realizará, la Corte Suprema resolvió absolver al recurrente que había impugnado la condena[595].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha considerado que el delito puede cometerse tanto con dolo directo como también con dolo de consecuencias necesarias (STS N° 708/2005, del 2 de junio; STS N° 684/2008, del 27 de octubre). En cuanto a la **tipicidad subjetiva**, sostiene la jurisprudencia española: "Con relación al dolo en el delito de atentado, el propósito del autor no requiere una especial decisión del autor de atentar contra

(595) Véase R. N. N° 652-2016-Lima Norte, del 23/08/2016, Sala Penal Transitoria.

la autoridad, diferente a la decisión de realizar la acción. Es decir, no es un elemento volitivo especial, sino un elemento cognitivo, que se da con el conocimiento del carácter de autoridad de la persona intimidada o acometida. El que sabe que intimida o acomete a una persona que ejerce como autoridad tiene, por lo tanto, el propósito de atentar contra la misma. Por lo tanto, es erróneo considerar dicho propósito diferente del elemento cognitivo del dolo. En el delito de atentato solo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más" (STS N° 180/2013, del 1 de marzo).

XI. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito de coacción pública es de naturaleza activa en sus dos primeras modalidades. La tercera modalidad puede ser cometida por acción u omisión (estorbar el ejercicio de la función). Se trata de un delito de resultado en sus dos primeras modalidades: impedir el ejercicio funcional y obligar al sujeto público a la realización de un acto funcional. La tercera modalidad es de simple actividad: estorbar. Todas las modalidades requieren de la presencia de violencia o amenaza.

La tentativa es perfectamente admisible en los dos primeros supuestos típicos.

XII. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 2 días a dos años. Penalidad mínima. Delito de baja criminalización.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

Ni los engaños, ardides, persuasiones u obsequios hechos al funcionario, autoridad o servidor público generan tipicidad delictiva de la figura 365. Las amenazas o violencia tienen que reunir condiciones de idoneidad causal; no son amenazas típicas las de imposible realización, las amonestaciones, llamadas de atención, reprimendas, las palabras subidas de tono ni las amenazas leves.

El impedir actos que no son ejercicio funcional, obligar a practicar actos diversos desvinculados de las funciones o el estorbar carecen de tipicidad.

La resistencia puesta a la propia detención no es una hipótesis negativa subsumible en este delito, sino de la figura 368. Igualmente existe atipicidad por inexistencia de la titularidad funcional.

La resistencia pasiva, sin agresión o con actos de agresividad leve o de baja intensidad no forma parte del tipo.

2. Causas de justificación

Legítima defensa: cabe invocar esta causal de justificación cuando el acto funcional o de servicio que se impide o estorba es de carácter ilegítimo o abusivo. El derecho del ciudadano a la defensa –esto es, a resistir– en supuestos de intervenciones abusivas o extralimitadas, por lo mismo, por fuera de la legalidad, en los actos de ejercicio funcional de los sujetos públicos le quita ilicitud al acto imputado de delictivo[596].

Estado de necesidad: cuando el *«obligar a practicar»* permite preservar bienes jurídicos valiosos que de otro modo se verían lesionados (obligar al policía a actuar, a los bomberos, salvavidas, etc.). Lo mismo ocurre con la modalidad *«impedir»*.

XIV. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de participación (complicidad, instigación) tanto de particulares como de sujetos públicos especiales.

XV. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de daños (artículo 202).
- Con el delito de lesiones (artículo 122).
- Con el delito de violencia y resistencia (artículo 366). En el supuesto de que fracase en obtener el resultado consumador (tentativa de coacción pública).

XVI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Suiza (1918)

«Proyecto de Código Penal suizo (1918), artículo 255:

1. El que mediante violencia o amenaza impidiere a una autoridad o a un funcionario realizar algún acto que corresponda a sus funciones,

(596) Derecho a la resistencia, conocido ya en el Derecho Romano, como nos lo recuerda Cuello Calón, véase cit., pp. 146 y 147, con citas de la doctrina alemana y jurisprudencia española, que confirma dicho derecho.

o le obligare a realizar dicho acto, o lo maltratare de obra durante la realización del mismo, será castigado con prisión o multa.

2. *Si el delito se cometiere por una muchedumbre amotinada, serán castigados con prisión todos cuantos formaren parte de aquella».*

2. España (1870)

«Código Penal de España (1870), artículo 263:

Cometen atentado:

1. *Los que sin alzarse públicamente emplearen fuerza o intimidación para alguno de los objetos señalados en los delitos de rebelión o sedición (atentado impropio).*

2. *Los que acometieran a la autoridad o a sus agentes, o emplearen fuerza contra ellos, o los intimidaren gravemente o los hicieren resistencia también grave, cuando se hallaren ejerciendo las funciones de sus cargos o con ocasión de ellos (atentado propio)».*

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 550: *Son reos de atentado los que agredieren o, con intimidación grave o violencia, opusieren resistencia grave a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o los acometieren, cuando se hallen en el ejercicio de las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.*

En todo caso, se considerarán actos de atentado los cometidos contra los funcionarios docentes o sanitarios que se hallen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, o con ocasión de ellas».

4. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 187: *El que emplee la violencia o profiriera amenazas contra un miembro del Parlamento o un funcionario público, para obligarle a que haga o deje de hacer un acto de su cargo, será castigado con reclusión de 3 a 30 meses. La reclusión será:*

1. *De seis meses a cinco años, si el hecho se cometiere con armas.*

2. *De dos a quince años, si se cometiere por un grupo de más de cinco personas con armas, o por más de 30 personas aunque sin armas y previo concierto».*

«Código Penal de Italia (1889), artículo 192: *Cuando el funcionario público haya provocado el hecho traspasando con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones, no se aplicarán las disposiciones de los artículos anteriores».*

5. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 336: *Quien usa violencia o amenaza contra un oficial público o contra un encargado de un servicio público para constreñirlo a hacer un acto contrario a los propios deberes o a omitir un acto de oficio o del servicio será castigado con reclusión de 6 meses a 5 años.*

La pena será de reclusión hasta de 3 años, si el hecho es cometido para constreñir a alguna de las personas mencionadas a cumplir un acto del propio oficio o servicio, o para influir sobre ella».

6. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 237: *Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año, el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para exigirle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones».*

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 241: *Será reprimido con prisión de 15 días a 6 meses:*

(...)

2. *El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones».*

7. Suiza (1937)

«Código Penal suizo (1937), artículo 285: *El que, mediante el uso de violencia o amenazas haya impedido a una autoridad, miembro de una autoridad, o un funcionario realizar un acto dentro de sus funciones, lo haya obligado a realizar tal acto haya participado en la agresión contra ellos mientras lo ejercían, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o sanción económica (...)».*

2

ATENTADO-COACCIÓN ESPECÍFICO (VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN) CONTRA FUNCIONARIO Y SU ASISTENTE

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** El asistente del funcionario público. **VI.** Comportamientos típicos: actos materiales: 1. Medios comisivos: violencia intimidación. 2. El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico. **VII.** Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. **VIII.** Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones. **IX.** Elemento subjetivo. **X.** Consumación y tentativa. **XI.** Participación. **XII.** Penalidad. **XIII.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causales de justificación. **XIV.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Italia (1930). 3. Argentina (1922). 4. Portugal (1982).

Artículo 366: *«El que emplea intimidación o violencia contra un funcionario público o contra la persona que le presta asistencia en virtud de un deber legal o ante requerimiento de aquel, para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del 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»* (texto según la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N° 27937, publicada el 12/02/2003).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal peruano más próximo e indirecto se halla en el artículo 322 del Código de 1924: *«El que resistiera o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia por demanda de este en virtud de obligación legal, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días».*

La fuente penal extranjera utilizada es la argentina. En efecto, el legislador peruano, a través de las comisiones redactoras del Código Penal de 1991, ha transcrito con leves variaciones el modelo contenido en la Ley Nº 21338 (25 de junio de 1976), que reformara temporalmente el artículo 238 del Código Penal argentino y que después fuera derogado, que a la letra decía: *«Será reprimido con prisión de 2 meses a 3 años el que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le prestare asistencia en virtud de un deber legal a requerimiento de aquel para impedir o trabar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones».* Es importante apreciar la redacción del actual artículo 347 (Resistencia y coacción) del Código Penal portugués, que a la letra dice: "Quien emplea violencia, amenaza grave u ofensa a la integridad física contra funcionario o miembro de las fierzas armadas, militarizadas o de seguridad para oponerse a la práctica de un acto relativo al ejercicio de sus funciones o para constreñirle a que practique un acto relativo al ejercicio de sus funciones contrario a sus deberes, es castigado con pena de prisión de uno hasta cinco años».

Observe el lector una reiterada costumbre de las comisiones redactoras-revisoras de nuestra legislación penal: cambiar el tiempo de los verbos rectores (del futuro condicional al presente: *empleare* por *emplea*) y aumentar la penalidad. Luego, viene el transcribir o copiarse los tipos penales íntegros (como en este caso, o adulterándolo en otros) de procedencia extranjera.

La frase *«acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones»* tiene su origen en el proyecto de Código Penal portugués de 1966, que sería aprobado y entrara en vigencia en 1982.

El Código Penal suizo de 1937 regula en su artículo 286 la figura consistente en impedir el cumplimiento de los actos propios de las funciones de una autoridad, miembro de una autoridad o funcionario público, sin violencia o amenaza, que se diferencia del artículo 385.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

La figura penal 366 es un caso específico de atentado-coacción, cometido contra el funcionario público o contra su asistente, caracterizado por la naturaleza especial del objeto de la acción ilícita (con relación al texto genérico del tipo penal anterior), por extender la tutela penal a la persona particular que ayuda al funcionario para la ejecución de un acto funcional y por la exigencia de que el acto funcional a ejecutar sea legítimo.

En el Derecho comparado se trata de una descripción típica que no ha merecido consenso, razón que explica que sean muy pocos los Códigos que mantienen esta fórmula legal-penal casuística.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido es, al igual que en el delito anterior, el normal funcionamiento y desarrollo de la Administración Pública. El bien jurídico específico es garantizar la libertad de acción ejecutiva del funcionario de los actos de coacción de terceros. Mientras que en el delito anterior se protege penalmente la libertad de determinación de la voluntad pública del sujeto especial, aquí se tutela la decisión o voluntad ejecutiva de dicho sujeto.

Es principio consustancial de la función pública la aplicación o cumplimiento de sus decisiones.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo puede ser cualquiera, el particular, militar, un funcionario o servidor público. La autoría puede ser directa o mediata, simple o mediante coautoría.

El Estado es el sujeto pasivo del delito. El funcionario resulta un sujeto específico o directo agraviado materialmente, sin que pueda ser considerado titular del bien jurídico afectado; por excepción, la titularidad específica del agraviado se extiende al asistente.

V. EL ASISTENTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO[597]

El que presta asistencia al funcionario público. El tipo amplía la calidad de afectado con la acción ilícita a un tercero que no es funcionario público, pero que, dada la importancia de su papel de apoyo, auxilio o presencia para el cumplimiento o aplicación del acto funcional, requiere se le brinde una tutela igual que al funcionario, lo cual puede ser discutible desde un criterio de proprocionalidad de pena. Dicho asistente puede ser un auxiliar dependiente del ámbito administrativo de influencia del

(597) Véase una crítica a la inclusión del *"asistente"* en la norma penal de coacción específica en TOZZINI, Carlos: "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero-marzo, Buenos Aires, 1969, p. 59.

funcionario (técnico, secigrista, auxiliar) u otro que pertenezca a la estructura estatal (por ejemplo, el soldado) o un particular que para tal efecto ha sido requerido.

El tipo legal establece dos requisitos para el otorgamiento de la tutela penal al *«asistente»*: **a)** que preste la ayuda en razón a un deber legal; y **b)** que haya sido requerida su participación por el funcionario. Deber legal de asistencia tienen los servidores públicos, vigilantes asimilados a la órbita del cargo o función y todos aquellos que por ley o reglamento asisten de modo usual al funcionario en la ejecución de los actos funcionales. El requerimiento implica la orden o solicitud intimatoria dirigida al personal de otro ente estatal (las Fuerzas Armadas, policiales).

En el caso del particular que asiste al funcionario, si este es requerido en situaciones excepcionales, le cabe también la tutela penal. Si el particular por acto propio interviene para colaborar con el funcionario, el tipo no lo considera sujeto afectado protegido, situación esta última que puede generar cuadros de injusticia normativa.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS: ACTOS MATERIALES

Los verbos rectores son:

- impedir
- trabar

1. Medios comisivos: violencia-intimidación

Los medios de los que necesariamente tendrá que valerse el autor para que se perfeccione el delito son, al igual que con la figura anterior, la violencia y la amenaza o intimidación. El contenido *material* de la primera, y probalística y *moral* de la segunda ya fue tratado en el capítulo anterior, al cual nos remitimos.

La violencia o intimidación pueden activarse por separado o conjuntamente, y producirse antes y/o durante las acciones típicas de impedir o trabar, no posteriormente, pues serían atípicas, al igual que en el caso del delito anterior. Igualmente, *ad simile* al delito recogido en el artículo 365 del Código Penal, la violencia deberá ser instrumental y teleológica, esto es, que violencias fundadas u orientadas por fuera del marco significativo de las acciones típicas de impedir o trabar no formarán parte de la estructura típica penalmente relevante de ambos delitos. Las motivaciones

extrafuncionales de la violencia o la amenaza, por ejemplo, aprovechando el agente rencillas anteriores para descargar acciones de fuerza sobre el funcionario, sin vinculación con la conducta típica, no entran en el tipo.

La diferencia reside no en la naturaleza de los medios que van a servir para cometer el delito, sino en la circunstancia del direccionamiento o finalidad propia del comportamiento del agente a través de tales medios. Es decir, se trata aquí de: **a)** hacer imposible la realización de un acto funcional específico y propio de las atribuciones del funcionario; o de **b)** entorpecer o dificultar la puesta en práctica de un acto funcional legítimo.

El uso por el legislador peruano del sustantivo *«intimidación»* en lugar de *«amenaza»*, sin que ello excluya esta última, enfatiza más el efecto *temor* o *miedo* que el agente procura obtener mediante su accionar sobre el funcionario público y su asistente (por ejemplo, la sola presencia de "matones", el dirigirle cartas amenazantes contra su vida o la de los suyos, el colocarle una bomba detonante en su casa, etc.). Por lo mismo, la simple amenaza no es suficiente para consumar este tipo penal. La violencia tiene que incidir en el momento del acto mismo de ejecución, ya sea en sus actos preparadores o propiamente durante su desarrollo; toda violencia anterior, conociéndose ya la resolución de cumplimiento futuro, implica un amedrentamiento o intimidación.

No puede considerarse violencia comportamientos o actos de resistencia pasiva, tales como tirarse el sujeto al suelo, cogerse de un poste o de un árbol, permanecer al interior de un automóvil, no salir de una habitación o no querer ingresar a un patrullero, mucho menos resistirse o evadir la detención. Tampoco los actos de irrespeto al funcionario, tales como jalarle la cinta al magistrado, levantarle el kepí o gorro al efectivo policial, etc. Carecen tales actos de la instrumentalidad exigida por el tipo penal a efectos de impedir o trabar el ejercicio funcional ejecutivo de los sujetos públicos.

Se hallan fuera del contexto significativo de la intimidación proferir frases tales como "no sabes quién soy", "no tienes idea de con quién estás hablando", o los insultos descalificadores, racistas o denigrantes, si no van seguidos de gestos o palabras que contengan amenazas directas o indirectas (de daños a la vida, la salud u otros bienes jurídicos valioso) al funcionario, sus asistentes o allegados de los mismos, como mecanismos para impedir o trabar los actos de ejercicio funcionarial efectivo de los sujetos públicos.

2. El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico

El sujeto activo del delito deberá circunscribir su comportamiento en los dos ámbitos de acción específicos que posibilitan los verbos rectores *impedir* y *trabar* para que le sea imputable objetivamente la tipicidad penal.

Estudiaremos en ítems separados cada modalidad delictiva.

VII. IMPEDIR LA EJECUCIÓN DE UN ACTO PROPIO DE LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES(598)

Impedir es hacer no viable la concreción del acto funcional; en términos prácticos, es imposibilitarlo. Ello supone tres requisitos:

- Primer requisito necesario de esta modalidad es que exista una resolución adoptada por el funcionario o, en una escala de decisiones, por un funcionario precedente, y que el acto de ejecución esté por iniciarse o se haya ya iniciado materialmente para que el sujeto activo trate de impedir su cumplimiento, sobre todo en la modalidad delictiva que hace uso de la violencia. La acción delictiva puede desarrollarse a lo largo del acto de ejecución(599).

- Segundo requisito: que el acto a ejecutar sea propio del cargo o de la función(600), es decir, que corresponda a la competencia legal (o delegada) del funcionario, y que observe las formalidades sustanciales y adjetivas que amerita ejecutar un acto de autoridad.

- Tercer requisito: que el acto que se impide o traba sea legítimo, es decir, que no importe arbitrariedad o abuso por parte del funcionario y su asistente; supuesto formal que admite matices con relación a su legalidad y legitimidad(601).

Tales condiciones hacen de la conducta asumida por el sujeto activo del delito una respuesta intolerable para el sistema jurídico. De no existir

(598) Ejecutoria superior de 9 de enero de 1998 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. N° 7024-97: diligencia de lanzamiento que es impedida por diversos sujetos que profiriendo frases hirientes y golpeando a policías logran la suspensión de dicha medida.

(599) Al respecto, véase SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 100 y ss.

(600) Sobre la noción de "acto propio de la función o cargo".

(601) Véase al respecto ABANTO VÁSQUEZ: *Los delitos contra la Administración Pública*, cit., pp. 161 a 163.

alguno de los requisitos típicos, los actos imputables al sujeto activo devendrán atípicos o legitimados, o, en todo caso, la resistencia puesta al acto arbitrario o abusivo resultará no sancionable. Al respecto, Martín Medina aborda el tema del derecho de resistencia de los ciudadanos a la ejecución de actos arbitrarios del funcionario o quien le presta asistencia, donde cuestión decisiva es el cumplimiento de los deberes funcionales del sujeto público, lo que puede generar una causa de justificación (Mezguer, Maurach, Roxin) o un acto atípico (Zaffaroni). De no existir dicho deber que debe detentar el funcionario, su conducta devendrá en arbitraria e ilegítimamente agresiva, lo que puede registrase con alguna frecuencia dada la tendencia a abusar del ejercicio del poder con la vulneración de los derechos del ciudadano(602).

La relevancia penal del acto igual se produce de no lograr su propósito el agente, esto es, el impedir puede quedar en tentativa. La sola amenaza o violencia no consuma el delito, tiene que acreditarse su naturaleza instrumental o direccionamiento(603).

Señala la **jurisprudencia española:** "Procede la exculpación del procesado cuando los sujetos pasivos del delito se exceden de sus funciones o abusan notoriamente de su cometido, provocando la reacción violenta o la resistencia del acusado, porque en tal caso pierden la cualidad que fundamenta su especial protección y se convierten en meros particulares" (STS N° 1345/98, 5-11; ídem STS N° 787/2007, 9-10. "Cuando el Director del Parque, conocido por los acusados, se encontraba en visita de inspección al detectarse unos incendios, al abandonar el lugar, el acusado en su condición de Alcalde, se puso delante del vehículo impidiéndole la salida, animando a la gente allí congregada, unas 50 personas, a que no le dejaran salir y permaneciendo en esa tesitura una hora durante la que se produjeron

(602) Medina, Darío Martín: "El derecho de resistencia", en *Delitos contra la Administración Pública*, Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, 2004, pp. 138, 139 y ss. Medina concluye que "en la actualidad, tanto en la doctrina nacional como alemana y española, existe un generalizado consenso en rechazar la idea de que el ciudadano deba tolerar la indebida intromisión estatal sobre sus bienes jurídicos, simplemente porque la actividad gubernamental se encuentre sustentada en dos pilares: *la presunción de certeza y el principio de autoridad de los que gozan los actos*. Ello es así porque, en mi modo de ver las cosas, la extralimitación en las funciones propias del cargo trae aparejada, si se me permite un juego de palabras, la deslegitimación de la fuente de legitimidad estatal: el actuar conforme a Derecho. (...) Todo aquello que no se ha previsto, que va más allá de la autorización, que la transgrede, no puede tener, por más que quien ejerce la coación sea el Estado, protección legal, cit., p. 211.

(603) Es conceptualmente correcta la diferenciación que hace Abanto Vásquez (cit., p. 157) cuando aprecia en el término «impedir» una cuestión de resultado; sin embargo, cuando el tipo penal le antepone la preposición «para», modifica sustancialmente su significante, para connotar un objetivo orientado al futuro.

enfrentamientos entre los vecinos y la policía local" (STS N° 876/2006, 6-11). "Cuando los agentes policiales se apersonan en el descansillo de la vivienda, no cuentan con dato de identificación alguno que permita concluir que la persona que en ese momento reaccionó intentando cerrar la puerta, era la misma que con anterioridad había realizado la transacción clandestina de droga. En el momento en que los agentes traspasan el espacio físico que delimita el ejercicio del derecho a la inviolabilidad domiciliaria –y así lo hicieron cuando se abalanzaron contra el morador y procedieron a su reducción por la fuerza– incurrieron en vías de hecho no merecedoras de la protección penal. Por lo que al poner el pie para evitar que cerrara la puerta, recibiendo entonces agresiones en la pierna causadas por el morador, no se puede configurar como un atentado" (STS N° 794/2007, del 26 de setiembre).

VIII. TRABAR LA EJECUCIÓN DE UN ACTO PROPIO DE LEGÍTIMO EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Trabar es obstaculizar, dificultar, hacer difícil, buscar aplazar la realización del acto, de una orden o mandato. 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. *Trabar* expresa así un grado material ejecutivo menos intenso que *impedir* y presupone necesariamente el uso de la intimidación o la violencia como medios para concretarlo.

El acto a ejecutar debe tener su origen en el legítimo ejercicio de funciones, de parte del funcionario. Esto implica que este debe poseer competencia para ejecutar y deberá observarse estrictamente las formalidades que el caso amerite. No podrá ser necesariamente legítimo ejercicio de funciones los actos discrecionales sujetos a la simple voluntad del funcionario, mucho menos los actos abusivos o arbitrarios.

Se trata, al igual que en la conducta anterior, de comportamientos del sujeto activo que buscan atacar los actos funcionales específicos del funcionario público, solo que aquí sin que el tipo penal requiera un resultado material, sino solamente la puesta en práctica de acciones de entorpecimiento contra las decisiones ejecutivas del funcionario.

El acto de trabar implica no solo el buscar su no feliz terminación, sino también la posibilidad, como sostiene Carlos Creus, de que el acto se realice como lo desea el sujeto activo(604).

(604) Creus: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 226.

IX. ELEMENTO SUBJETIVO

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 al cual impide o traba. El supuesto de hecho supone que el sujeto activo debe orientar conscientemente los medios causales (intimidación o violencia) hacia la búsqueda de los objetivos: *impedir* o *trabar*. Es aquí donde se establece la diferencia esencial entre ambas modalidades de delito, pues un dolo que busca impedir es distinto de aquel que solo tiene como objetivo obstaculizar.

Resulta posible el error del tipo invencible.

X. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito en su primera variante (*impedir)* es de resultado, y de simple actividad en la variante *trabar*, necesitándose, en ambas modalidades, de la puesta en práctica de cualquiera de las dos acciones instrumentales contempladas en el tipo penal, que deberán estar orientadas en vinculación causal hacia las finalidades típicas, no descartándose la tipicidad penal por el hecho de que el sujeto activo no obtenga su propósito, esto es, que se produzca el impedimento o la traba del acto funcional, pues el delito será ya relevante penalmente si el hecho queda en actos de tentativa. La posibilidad de que la violencia sea fraccionable en línea de pasos en dirección al impedimento abonará la tesis de la tentativa, de no ser ello posible, la tentativa y sus modalidades devendrán impracticables.

XI. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de participación, complicidad, instigación de particulares como de sujetos públicos.

XII. PENALIDAD

La sanción, a diferencia de la contenida en el tipo penal 365, es alternativa y de más gravedad: la pena privativa de libertad oscila entre 2 y 4 años, o puede optar el juez por aplicar prestación de servicio comunitario de 80 a 140 jornadas.

XIII. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

- Por error de tipo invencible.
- Por ausencia de los medios comisivos típicos: intimidación, violencia.
- Por ausencia de dolo.
- Por tratarse de funcionario que no actúa en legítimo ejercicio de sus funciones.
- La puesta en práctica de acciones violentas sobre funcionario público para que cumpla con sus funciones será atípica de esta figura penal, al no haber aquí impedimento ni acción de dificultamiento.
- Por no ser el procesado quien efectuó violencia o intimidación, sino otras personas para evitar que sea conducido a la delegación policial (Exp. N° 2425-1998, del 22 de setiembre de 1998, Sala de Apelaciones de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Jusiticia de Lima).
- Cuando los actos de resistencia derivan de la defensa de la propiedad y pertenencia de los procesados contra las personas contratadas por el beneficiario de la medida de desalojo, sin que se haya afectado a los funcionarios intervinientes (Exp. N° 2460-2000, del 19 de setiembre de 2000, Sala de Apelaciones de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Jusiticia de Lima).

2. Causales de justificación

- Por legítima defensa ante órdenes o procesos de ejecución ilegales o arbitrarios.
- Estado de necesidad, en situaciones de resistencia violenta con prevalencia de la vida o la integridad física del agente.

XIV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 190: *El que apele a violencias o amenazas para oponerse a un funcionario público en el cumplimiento*

de los deberes de su cargo o a los que, requeridos, le presten ayuda, será castigado con la reclusión de 1 mes a dos años.

La reclusión será:

1. *De tres a treinta meses, si el hecho se cometiera con armas.*
2. *De uno a siete años, si el hecho se cometiere por un grupo de más de cinco personas con armas, o de más de diez personas aunque sin armas y previo concierto.*

Si el hecho tuviere por objeto sustraerse de la prisión a sí mismo o a un pariente cercano, la pena será de reclusión o prisión hasta veinte meses, o de confinamiento por tres meses a los menos».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 337: *Quien usa violencia o amenaza para oponerse a un oficial público o a un encargado de un servicio público, mientras cumple un acto de oficio o servicio, o a quienes siendo requeridos, le presten asistencia, será castigado con reclusión de seis meses a cinco años».*

3. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 238 (derogado).

4. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 384:

1. *Quien empleare violencia o amenaza grave contra funcionario, o miembros de las fuerzas armadas o de las fuerzas militarizadas, para oponerse a que practique o continúe practicando acto legítimo propio de sus funciones o para constreñirlo a que practique o continúe practicando acto relativo de sus funciones, pero contrario a sus deberes, será penado con prisión de hasta 2 años y multa de hasta 100 días.*
2. *Si la violencia o amenaza grave produjere el efecto querido la pena se elevará hasta 2 años y la multa hasta 150 días».*

3

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LOS ARTÍCULOS 365 Y 366

SUMARIO: I. Consideraciones generales. **II.** Circunstancias agravantes: 1. El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas). 2. El autor es funcionario o servidor público. 3. Cuando el hecho se comete a mano armada. 4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever. 5. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, magistrado del Poder Judicial o del Miembro Público, miembro del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones. 6. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. 7. 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. 8. 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. **III.** Penalidad. **IV.** Concurso de delitos. **V.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Portugal (1982). 4. Alemania (1871).

Artículo 367: «*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» (texto según la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30/06/2013).

Tipo penal original 1991

Artículo 367: «*En los casos de los artículos 365 y 366 la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años cuando:*

1. *El hecho se comete a mano armada.*

2. *El hecho se realiza por dos o más personas.*

3. *El autor es funcionario o servidor público.*

4. *El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever.*

Si el agraviado muere y el agente pudo prever este resultado, la pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años».

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El legislador peruano de 1991 contempló en el artículo 367 una serie de circunstancias que aumentan el injusto de las conductas básicas descritas en los artículos 365 y 366 del Código Penal y, por lo mismo, también la penalidad. El objetivo político criminal estuvo centrado en ofrecer una mayor tutela penal a los actos funcionales y de servicio, garantizando su viabilidad ante el ostensible peligro que suponen, para el bien jurídico, la comisión de los ilícitos penales 365 y 366 realizados bajo tales circunstancias.

La Ley N° 27937, del 12 de febrero de 2003, reestructuró la ubicación de las circunstancias agravantes que observaba la fórmula original de 1991 sin afectar su contenido, pero sí incrementando mínimamente las penas. Ulteriores reformas (Ley N° 28878, del 17/08/2006; y el Decreto Legislativo N° 982, del 22/07/2007), hasta llegar al artículo 2 de la Ley N° 30054, del 30/06/2013, nos ofrecen ahora un tipo penal constituido por circunstancias agravadas de diversa naturaleza que enfatizan tanto el modo de comisión (dos o más personas) la finalidad (para impedir la erradicación o destrucción de cultivos ilegales; la investigación o juzgamiento por delitos de TID, lavado de activos, terrorismo, trata de personas), por la calidad del autor (cometido por funcionario púbico), la condición funcionarial del sujeto público afectado (en contra de un efectivo de la Policía Nacional, magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público y otros) o por el resultado producido (causando lesión o muerte previsible), con diferentes niveles de respuesta punitiva que llegan a su cúspide de penalización (12 a 15 años de pena privativa) cuando como consecuencia del hecho se produce la muerte de la persona. Diseño de circunstancias agravantes vinculadas a los tipos básicos de los artículos 365 y 366, que regulan modalidades delictivas dolosas con otras preterintencionales.

Las agravantes, además de su contenido diverso, por el concurso de personas, la calidad del agente, el medio empleado para la comisión del delito, la finalidad y las consecuencias físicas previsibles, se caracterizan por que varias han sido copiadas tanto de la legislación penal argentina, española de 1973 y portuguesa de 1982. Por lo general, ha recibido cuestionamientos en la doctrina española[605] esta forma de agravar los tipos penales especiales de atentado y coacción. Cerezo Mir, por ejemplo, refiriéndose al artículo 233 del Código Penal español de 1973, que agrava la pena de producirse lesiones o muerte, considera censurable esta introducción de los delitos calificados por el resultado[606].

En el Código Penal de 1924, las tres primeras circunstancias en estudio se hallaban contenidas en el segundo párrafo del artículo 321, siguiendo sin variantes el modelo argentino. Con la puesta en vigencia del Código de 1991 se suprime la circunstancia «*poner manos en la autoridad*»[607] y se la sustituye por la de *producir lesiones graves y resultado de muerte*, con base en el modelo español. El Código Penal de 1863 consideró en

(605) Ver "Legislación extranjera".

(606) Cerezo Mir, José: "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Año XXII, enero-marzo, Madrid, 1996, p. 364.

(607) Véase "Legislación extranjera".

el segundo párrafo del artículo 150 el atentado cometido con armas como agravante de la pena.

Las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 367 observan un desordenado trabajo de agrupamiento.

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

1. El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas)

La razón de esta agravante basada en el numero plural de agentes se fundamenta en el mayor efecto intimidante del número de personas y la posibilidad real de incrementar el grado de violencia, con resultados de mayor vulnerabilidad del bien jurídico tutelado, en tanto mayor facilidad para concretar la conducta típica.

Dos o más personas alude a un concurso de personas ejercitando actos de violencia o intimidación mediante concierto (acuerdo previo) o sin él, pero con voluntad, conocimiento y finalidad comunes (caso de coautoría). Si es que los intervinientes realizan aportes de distinto grado de ilicitud, estaremos frente a las figuras de autoría y complicidad. La legislación penal argentina habla de reunión de tres o más personas (eventual o accidental).

La circunstancia hace alusión a dos o más autores o coautores del delito circunstanciado, se entiende por ello que tiene que tratarse de sujetos activos actuando juntos, lo que, dadas las características típicas, exigirá presencia física y acción conjunta(608). En la doctrina penal argentina, Gustavo Aboso, citando a otros autores, precisa que en atención de los fundamentos de la agravante será necesario que exista objetivamente una desigualdad numérica entre los agresores y la víctima, la que no se presentará en caso de existir un número mayor de funcionarios públicos presentes en el lugar del hecho(609).

2. El autor es funcionario o servidor público

La calidad especial del sujeto activo agrava el injusto penal y aumenta la penalidad. Supone un prevalimento o actos de aprovechamiento de la calidad para cometer el delito. Llama la atención la exclusión que hace el

(608) El disparar arma de fuego no tiene una tipificación expresa en nuestro Código Penal, en cambio, el Código Penal argentino sí lo contempla taxativamente en el artículo 104.

(609) Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., p. 1317.

tipo penal de la autoridad; pero, dado que este es una especie de funcionario, está incluido en dicha noción. La norma no hace mayores precisiones, no interesa el nivel, la jerarquía, competencia o jurisdicción, en ejercicio efectivo o latente (licencias, vacaciones, etc.). Pueden configurarse así actos típicos de autoridad/funcionario/servidor contra los funcionarios que ejercen funciones públicas y que son los agraviados materiales con el comportamiento típico.

De la positivización de esta circunstancia se colige que los comportamientos de intimidación o violencia imputables a funcionario o servidor público para obtener o intentar obtener los propósitos ilícitos de los delitos 365 y 366 no sean reconducibles a ninguna forma de delito especial cometido por funcionario o servidor público.

Si bien el hecho data de antes de la inclusión de esta circunstancia agravante en el tipo penal, es importante tomar en cuenta la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Huaura del 8 de enero de 2000, Exp. N° 443-1997, que evaluó y decidió –considerando la configuración del delito de resistencia a la autoridad– el caso de los funcionarios municipales que realizaron actos para proceder a un desalojo, a pesar de tener conocimiento de la existencia de un mandato judicial que lo suspendía.

3. Cuando el hecho se comete a mano armada

La amenaza o violencia ejercida sobre el funcionario (incluida la autoridad) o servidor público para el logro de los propósitos del autor del delito se comete a mano armada cuando este hace uso del arma que lleva en la mano, blandiéndola o apuntando con ella, o incluso efectuando disparos(610). Sin embargo, esta interpretación amplia de la agravante ha encontrado resistencia en la jurisprudencia española, que la restringe al uso agresivo o efectivo del arma, lo que permite construir mejor los espacios significativos del uso de la amenaza y el hecho a mano armada.

La razón legal del aumento de la penalidad reside en el peligro real que corre la vida y la integridad del sujeto pasivo y terceros. Se trata así de un incremento del riesgo en la producción del resultado con relación a la violencia o amenaza simple, lo que va a explicar la mayor sanción punitiva.

(610) Véase SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 106; ídem TOZZINI: "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", cit., p. 62.

El hecho cometido a mano armada puede presuponer su uso en diversas modalidades: mostrándola a los funcionarios, blandiéndola, dirigiendo la boca del arma (si es de fuego) hacia arriba, disparando, apuntando, abocándola, acometiendo, etc. Como se observará, se trata de diversos niveles de uso, bastando para consumar el delito el nivel mínimo de mostrarla en efecto intimidatorio. El solo porte o tenencia pasiva del arma no configura la agravante, tampoco el uso de armas simuladas o sin peligrosidad real.

Las armas empleadas pueden ser: **a)** *armas propias* (de disparo: revólveres, pistolas, fusiles, ametralladoras, escopetas, etc.; blancas: instrumentos punzocortantes y contusocortantes: cuchillos, puñales, machetes, hachas, etc.; explosivas: granadas, bombas, gases asfixiantes, lanzallamas, etc.); **b)** *armas impropias* (martillos, fierros, palos, piedras, vidrios, desarmadores, jeringas, cadenas, pirulos, porras, llaves inglesas o manoplas, etc.); **c)** *armas aparentes* (armas de fuego descargadas, deterioradas, imitaciones de armas), pero que posean evidente efecto agresivo y le confieran a quien los usa mayor poder ofensivo.

El concepto de arma alude a todo instrumento que tenga poder real para agredir, produzca intimidación o que facilite la comisión del delito. En tal sentido, no es correcto circunscribir su significado tan solo al arma de fuego. Al respecto, son ejemplificantes los casos judicializados y decididos de este delito: obstaculizar e impedir la labor policial lanzando piedras y botellas (Exp. N° 1000-2000, del 27 de setiembre de 2000, de la Sala penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima); efectuar el procesado disparos con su arma de fuego con la finalidad de impedir que el secretario de juzgado lleve a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada sobre su inmueble(611). Pero igualmente, por la misma razón, las armas simuladas, esto es, sin capacidad objetiva de ataque u ofensividad material no forman parte de la agravante a mano armada, siendo absorbidas por la acción instrumental de la intimidación o amenaza, en el supuesto de ausencia de conocimiento de su nula capacidad agresiva por el lado de los funcionarios afectados. El porte pasivo del arma igualmente no puede ser considerado hipótesis de estos delitos a mano armada, por ejemplo, cuando el imputado lo tiene consigo sin mostrarla o cuando usualmente la lleva consigo reglamentariamente para defensa personal.

(611) Exp. N° 137-98, del 1 de octubre de 1998, de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En el artículo 113.II.1 del Código Penal alemán, la circunstancia "arma" está empleada de forma diferente a lo regulado en el artículo 367 del Código Penal peruano. En efecto, la legislación alemana aludía a que "el autor u otro partícipe porte un arma consigo para utilizarla con ocasión del delito", habiéndose eliminado (mayo de 2017) la mención al uso, con lo que, y en palabras de FISCHER, significa que es suficiente que el autor solo lleve consigo el arma o herramienta peligrosa durante el acto(612), donde entonces será determinante evaluar el componente subjetivo de la agravante que involucra al autor.

4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever

Generalmente, la técnica de redacción de los delitos culposos, empleada por el legislador peruano, es la frase "el que por culpa causa u ocasiona". En el presente caso, se ha hecho uso de la frase "que haya podido preveer" para referirse a la causación de la lesión grave. Hay que entender, entonces, que la descripción típica hace efectivamente mención de una lesión culposa en el contexto de los delitos de atentado. De conformidad con ello, es presupuesto necesario que la lesión grave no haya sido querida por el autor para que se dé esta figura preterintencional. Las probabilidades de previsión del resultado «lesión grave» (artículo 121) debieron estar presentes al momento de ejercer la violencia sobre el sujeto pasivo y resultar ellas de criterios de estimación promedio.

Debe existir un nexo causal que vincule el resultado lesión grave con la conducta de violencia o amenaza ejercidas sobre el sujeto pasivo, a título de culpa lo primero y de dolo lo segundo. En suma, resulta criticable la inclusión de esta agravante en el texto de un delito contra la Administración Pública, más allá del hecho de acudir a la técnica legislativa de construir agravantes calificadas que se salen del marco del tipo penal culposo del artículo 124 del Código Penal, a efectos de tener mayor libertad para incrementar las penas del delito culposo.

La noción lesión grave no tiene que estar, necesariamente, limitada por la lesión física, pues puede perfectamente abarcar la lesión psicológica o mental.

(612) FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Auflage, München, C.H. BECK, 2019, p. 932. Ídem, LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian: *Stragegesetzbuch Kommentar*, Auflage 29, München, 2018, p. 783.

5. 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[613]

Esta agravante, incorporada en el tipo penal mediante Ley N° 28878 (17/08/2006) y modificada por Ley N° 30054 (30/06/2013), obedece a la necesidad de otorgar un marco punitivo disuasor, dirigido a los infractores de las normas penales 365 y 366, que brinde un relativo marco de garantías a los sujetos públicos que actúan en ejercicio de sus funciones, en especial a los efectivos policiales y magistrados, a modo de prevenir coacciones, actos de fuerza o, en general, conductas obstruccionistas.

La circunstancia agravante solo se activará para incrementar el injusto del supuesto penal y la penalidad de resultar –dichos funcionarios específicos– afectados directamente por la acción violenta o amenazante/intimidatoria del sujeto activo, siempre y cuando se encuentren dichos funcionarios, al momento de los hechos, ejerciendo las atribuciones inherentes a sus funciones y solo en la hipótesis de un ejercicio funcional de conformidad a derecho, dado que el abuso, la extralimitación no forman parte del ejercicio funcional conforme a derecho. Esta precisión normativa resulta determinante no solo para la agravante, sino incluso para el tipo básico.

Desde la perspectiva subjetiva se requerirá que el sujeto activo conozca o le sea cognoscible, por las características de la intervención del sujeto público, la calidad de dichos funcionarios especialmente consignados en la circunstancia agravante, conozca que está orientando la (o las) acción instrumental a impedir, obligar a practicar, estorbar o trabar el acto funcional del sujeto público.

(613) Para una evolución legislativa del delito de resistencia y violencia contra la autoridad, así como para un estudio del Acuerdo Plenario 1-2016, que fija pautas de doctrina judicial sobre la agravante 5 del tipo penal 367, véase Paredes Infanzón, Jelio: "La agravante del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial: tipicidad y determinación judicial de pena", en *Actualidad Penal*, setiembre 2016, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, pp. 57 a 66. Ídem, véase Salvador Esquivel, Nils Ericson: "Aplicación residual del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial. Comentarios al Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016: ¿Qué se entiende cuando hablamos de proporcionalidad?", en *Actualidad Penal*, setiembre 2016, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, pp. 67 a 80. Salvador Esquivel se centra en analizar el principio de proporcionalidad de cara a los postulados del citado acuerdo plenario y a las consecuencias punitivas que posiblitan la vía de la conversión de pena privativa de libertad por prestación de servicios a la comunidad; ídem, en una posición crítica de las líneas directrices establecidas en el acuerdo plenario, sobre temas de bien jurídico, tipicidad, y en relación a las deficiencias de la labor fiscal judicial al momento de establecer lecturas interpretativas de este delito, véase Ugaz Zegarra, Fernando: "Apreciaciones sobre el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial", en *Actualidad Penal*, setiembre 2016, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, pp. 81 a 90.

La norma no contempla a los secretarios ni auxiliares jurisdiccionales en el extremo de los funcionarios del Poder Judicial y Ministerio Público, hipótesis que implicará solo la concreción del tipo básico 366 o 367. En la práctica, la mayor cantidad de casos hacen alusión a situaciones conflictivas relacionadas con la actuación de los efectivos policiales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 1-2016 (fundamentos 18 y 19), ha tenido ocasión de precisar que (i) el espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como de la agravante que para tales casos contempla el artículo 367 del Código Penal debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas (homicidio, artículo 108-A; sicariato, artículo 108-C inciso 5; lesiones graves dolosas, lesiones leves dolosas, injuria, secuestro); (ii) por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencia y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce, son, pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud individual de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones. Y, por lo mismo, las discusiones e intercambio de palabras subidas de tono, incluidas las injurias reales de baja intensidad, que se suscitan anómalamente entre los ciudadanos y personal policial no tienen la entidad de tipicidad suficiente para configurar la agravante.

En un caso en el cual el encausado se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, siendo agredido directamente el efectivo policial y afectado el patrullero, la Corte Suprema consideró que, denotando ello una conducta irascible exacerbada por el consumo de alcohol, toda persona puede oponerse y resistirse a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito(614).

(614) R. N. N° 1268-2018-Lima Norte, del 24/10/2018, Sala Penal Permanente.

Redundando, es particularmente significativo el caso de los ciudadanos (Buscaglia Zapler y Chu Cerrato, quienes reaccionaron agresivamente, con palabras discriminadoras contra efectivos policiales, siendo procesados y condenados a pena efectiva de prisión la primera y pena suspendida el segundo), que concitó la atención pública y mediática, siendo objeto de decisiones judiciales carentes de rigor jurídico penal, corregidas ulteriormente y que encresparon las suceptibilidades policiales, colocando en tela de juicio la mesura e imparcialidad de los jueces penales que sustanciaron tales sucesos. Al respecto, VEGA LLAPAPASCA, luego de analizar dichos casos y criticando las apresuradas valoraciones fiscales y judiciales, consideró certeramente: *"En ambos casos los agentes del orden pudieron reducir a sus 'agresores', esposarlos, detenerlos y llevarlos a la dependencia policial más cercana, ni su capacidad de acción ni la Administración Pública se vio en peligro alguno, pero los jueces aplicaron una norma que no puede ser adecuada a los comportamientoas antes descritos, se utilizó cañones para matar hormigas, a sazón de un proceso inmediato que no permitió un tiempo prudencial para una investigación suficiente de los hechos, la preparación de las defensas, los filtros procesales correspondientes, etc."*(615). HANCCO LLOCLLE coloca la atención –en el marco de análisis de la agravante– en el significado de la función policial, que será vital para calificar dicha circunstancia; así, indica: "La función policial es la actividad operativa que en un momento determinado realiza (el efectivo policial) lo que determinará su esfera de protección; por cuanto lo ajeno a dicha esfera de actuación no será protegido por la ley como ejercicio de su función". HANCO, a continuación, brindando respuestas a la tensa problemática que suele desarrollarse entre ciudadanos y efectivos de una Policía Nacional desprestigiada, en el marco de los operativos policiales para verificar documentos y otros fines, práctica por lo demás muy frecuente en el país señala: *"Si además de los documentos el policía busca una razón para que el conductor caiga en alguna falta, ello no es otra cosa que una provocación, por lo que podría ser calificada como una actuación arbitraria del policía. Por este motivo, el reclamo del ciudadano, y eventualmente la falta de respeto, automáticamente no se puede afirmar que configura el delito de violencia y resistencia, sino que estaríamos frente a un acto arbitrario que convierte en sujeto activo del delito a quien verdaderamente era víctima de la función policial"*(616).

(615) VEGA LLAPAPASCA, Rafael: "El delito de violencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones", en *Actualidad Penal*, mayo, 2016, Volumen 26, Lima Instituto Pacífico, pp. 71-72. Véase en el artículo de VEGA el detalle fáctico de dichos acontecimientos.

(616) HANCCO LLOCLLE, Ronal: "El delito de violencia y resistencia contra un policía", en *Actualidad Penal*, mayo, 2016, Volumen 26, Lima, Instituto Pacífico, p. 80.

Esta agravante del tipo penal ha levantado un conjunto de críticas dada la tesitura altamente sensible de las intervenciones y operativos policiales, mediante el uso de la fuerza, sobre los ciudadanos y, en general, sobre las personas. La reforzada protección penal a la actividad policial en estas áreas de ejercicio de función policial parece que necesariamente lleva a un callejón sin salida dada la tendencia policial al abuso y extralimitación –que no es solo predicable de la Policía peruana, sino que constituye una constante de la Policía en general, dado que administran y ejercen la violencia física y armada, donde los baremos y protocolos reglamentarios no son suficientes para limitarla y razonabilizarla–, lo que supone pasar, en una determinada cantidad de casos, por encima de los derechos fundamentales de las personas y de estas a expresar falta de respeto por los miembros de una institución que no goza de legitimación a nivel social ni prestigio a nivel institucional. Esto ha llevado, por ejemplo, a Ugaz Zegarra a afirmar que: "Existe una actividad superprotectora del Estado para con los miembros de la Policía. Sostenemos esto, ya que de la lectura del citado tipo penal se puede inferir que los miembros de la policía, por el simple hecho de ser funcionarios, cuenten con una suerte de burka de acero que les blinde de cualquier acto en su contra: que sean intocables"[617]; o a Pino Ticona a plantear la innecesariedad de dicha agravante, luego de dar cuenta de una serie de deficiencias de concepción legislativa y de quebrantamientos con el principio de proporcionalidad punitiva de la misma, que incluso permite una penalidad mas alta –en su extremo mínimo– que el delito de homicidio simple y mayor que en el caso de lesiones graves calificada[618].

Es inusual encontrar en la legislación comparada una agravante tan profusa de funcionarios (de diversas clases, principalmente del sistema de justicia oficial) consignados en la norma punitiva agravada. El Código Penal portugués es uno de los pocos que ha introducido en su artículo 347 al "miembro de las fuerzs armadas, militarizadas o de seguridad"; ídem el artículo 131 del *Strafgesetzbuch* alemán, en mención al soldado del Ejercito Federal (*Bundeswehr*), la figura penal de resistencia a los funcionarios del orden, con penas que oscilan de 1 a 5 años (Portugal) y de hasta 3 años o multa (Alemania), respectivamente.

(617) Ugaz Zegarra, Fernando: "Apreciaciones sobre el delito de violencia y resistencia a la autoridad policial", cit., p. 87.

(618) Pino Ticona, Davinson Carlos: "El delito de violencia y resistencia a la autoridad en su forma agravada", en *Gaceta Penal*, Tomo 85, julio 2016, Lima, Gaceta Jurídica, p. 165 y ss.

6. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

Se entiende la agravante dada la alta peligrosidad social del delito de tráfico ilícito de drogas. La circunstancia está construida tanto para dar cuenta (i) de los actos preparatorios que dan inicio a la cadena o proceso del TID (impedir la erradicación o destrucción de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), abarcando tanto los precursores de tales sustancias ilícitas como los instrumentos tecnológicos o artesanales utilizados para la fabricación; (ii) como igualmente el desplazamiento de tales sustancias de los centros de producción a los de distribución.

Lo que haya que entender por drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos estará en función de las tablas establecidas por las Naciones Unidas y los listados de la Digemid (Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas) actualizadas al respecto.

La violencia o la intimidación darán cuenta de los medios empleados por el sujeto activo para activar las conductas típicas de impedir, estorbar, trabar u obligar a los funcionarios públicos, en una suerte de enfrentamiento o resistencia activa.

7. 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

La circunstancia agravante, sin decirlo expresamente, optimiza el marco de protección a determinados funcionarios (fiscales, policías, jueces) que por el ámbito de sus competencias tienen a su cargo las investigaciones y/o el juzgamiento de investigados/procesados por los delitos aludidos en el tipo agravado, los mismos que se caracterizan por un elevado nivel de injusto penal y alarma social. Pero, y sobre todo, esta agravante está dirigida a proteger actos de investigación, actos propios del proceso o del juicio que con su comportamiento el sujeto activo del delito impide, obstaculiza, estorba o traba, con lo que la generalidad de la conducta de los tipos penales 365 y 366 gana en precisión.

8. 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

Nuevamente, aquí el legislador peruano ha incluido innecesariamente una circunstancia agravante, cuando debió optar por un régimen

general de concurso con el delito común de homicidio culposo (artículo 114 del Código Penal) o, de ser el caso, comprenderlo con mayor pena en dicho delito.

La muerte tiene que producirse como efecto de la violencia practicada contra el funcionario, e incluso contra su asistente, muerte que deberá ser previsible *ex ante*, es decir, al momento de los actos de violencia. De ser imprevisible dicho resultado no podrá aplicarse esta causal no obstante se produzca la muerte.

Los resultados «lesiones graves» y «muerte», más allá de estar regulados como circunstancias agravantes en el artículo 367, a título de previsibilidad, esto es, con base en la fórmula acción dolosa-resultado culposo, pueden plantear concurso con los tipos penales 108-A y 121 del Código Penal de llevarse a cabo dolosamente. En este punto, el artículo 386 del Código Penal portugués de 1982 contenía una cláusula normativa que señalaba que solo serán de aplicación las penalidades agravadas si al hecho no correspondiere pena más grave en virtud de otra disposición legal(619).

La preterintencionalidad de dichas agravantes puede llegar a cohesionar dos casos de responsabilidad penal agravada por el resultado o, más técnicamente, dos casos de delitos calificados por el resultado(620).

III. PENALIDAD

El tipo complementario 367 plantea tres niveles punitivos:

1. Privación de libertad de 4 a 8 años en el caso de que los actos imputables al sujeto activo del delito se adecuen a las dos primeras circunstancias referidas.
2. Privación de libertad de 8 a 12 en las dos subsiguientes circunstancias agravadas.
3. Privación de libertad de 12 a 15 años si como consecuencia previsible para el agente se produce muerte de una persona.

(619) Véase "Legislación extranjera".

(620) Al respecto, una severa crítica sobre la validez técnico-sistemática de las circunstancias lesiones y muerte véase en CEREZO MIR: "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", cit., p. 364.

IV. CONCURSO DE DELITOS

Con los delitos de homicidio, lesiones, daños en la propiedad o secuestros. La tenencia ilegal de armas está subsumida en el tipo agravado.

Puede existir, de ser el sujeto activo un funcionario, concurso con el delito de abuso de autoridad y tentativa de usurpación de funciones.

V. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 238: *La prisión será de 6 meses a 2 años:*

1. *Si el hecho se cometiere a mano armada.*
2. *Si el hecho se cometiere por una reunión de más de tres personas.*
3. *Si el culpable fuere funcionario público.*
4. *Si el delincuente pusiere manos en la autoridad.*

En el caso de ser funcionario público, el reo sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo de la condena».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 233: *El que atentare contra un Ministro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, aun cuando hubiere cesado en ellas, incurrirá en la pena de reclusión mayor en su grado máximo si a consecuencia del hecho resultare muerte o lesiones de las comprendidas en los artículos 418, 419 o 421. Y en la de reclusión mayor en los demás casos»*[621].

3. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 386: *Si en los casos de los artículos 384 y 385 la infracción fuere cometida con arma o provocare la muerte o grave peligro para la vida, grave daño o grave peligro de daño para la salud o integridad física o síquica de la víctima, la pena será de*

(621) El artículo 418 se refiere a las lesiones graves (mutilaciones, inutilizamiento de órganos principales, etc.). El artículo 419 alude a las lesiones menos graves (mutilaciones de órganos no principales, esterilidad o deformidad). El artículo 421 alude a circunstancias de uso de armas, torturas, etc.

prisión de 1 a 6 años, si al hecho no correspondiere pena más grave en virtud de otra disposición legal».

4. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 113:

I. Quien oponga resistencia con violencia o amenaza a un funcionario o soldado del ejército federal que está encargado de ejecutar leyes, reglamentos o sentencias, decisiones judiciales o providencias, en el momento de disponerse a realizar tal acto de servicio, o le ataque de obra, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o multa.

II. En casos de especial gravedad la pena será privación de libertad de seis meses a cinco años, un caso de especial gravedad se presentará de acuerdo a Derecho cuando:

1. el autor u otro partícipe porte un arma consigo para utilizarla con ocasión del delito, o

2. el autor a través de una actuación violenta, sitúe al agredido en peligro de muerte o de un grave daño corporal.

III. El hecho no será punible de acuerdo a este precepto cuando el acto de servicio no sea conforme a derecho. Esto también será así cuando el autor asuma erróneamente que el acto de servicio es conforme a derecho.

IV. Cuando el autor asuma erróneamente, durante la comisión del hecho, que el acto de servicio no sea conforme a derecho, y pudiese evitar el error, entonces el Tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (artículo 49, apartado II) o, en caso de culpa leve, prescindir de pena de acuerdo a este precepto. Cuando el autor no pudiese evitar el error y no se le pudiese tampoco requerir, de acuerdo a las circunstancias por él conocidas, defenderse con recursos jurídicos contra el acto de servicio ilegal evitable, el hecho no será punible de acuerdo a este precepto. Cuando se le pudiese instar a ello el tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (artículo 49, apartado II) o prescinidir de pena de acuerdo a este precepto».

4

DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamientos típicos: 1. La orden impartida. 2. Primera modalidad delictiva: desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones. 3. Segunda modalidad delictiva: resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones. **VI.** Causa de atipicidad legal: la desobedencia y resistencia a la propia detención. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Agravantes. **X.** Penalidad. **XI** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. España (1995). 4. Portugal (1982).

Artículo 368: *«El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.*

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas.

Cuando se desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originado por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años» (texto según la modificatoria efectuada por el artículo 4 de la Ley N° 30862, publicada el 25/10/2018).

I. ANTECEDENTES LEGALES

Tal y como está redactada la figura penal, no tiene antecedentes en la legislación nacional.

El modelo ha sido copiado directamente de la Ley N° 21338, del 25 de junio de 1976, que reformara temporalmente el artículo 240 del Código Penal argentino. El texto de dicho artículo es el siguiente: *«Será reprimido con prisión de 2 meses a 2 años, el que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención».*

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Es esta una figura autónoma de desobediencia o resistencia caracterizada por la ausencia de medios coactivos relevantes (violencia o amenaza). Por lo general, es la de mayor ocurrencia en el ámbito jurisdiccional penal. Presenta un tipo genérico y dos modalidades específicas. El tipo genérico admite subsidiariedad respecto de otros tipos de desobediencia registrados en el Código Penal.

La legislación penal española históricamente legisló la desobediencia grave a la autoridad y sus agentes desde el Código Penal de 1870 (artículo 265: "*Los que sin estar comprendidos en el artículo 263, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de sus cargos, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 125 a 1250 pesetas*"), reiterándolo en los Códigos subsiguientes, 1928, 1944, 1973, hasta llegar al artículo 556 del actual Código Penal de 1995, que conservaba similar redacción a la de 1870, antes de que la reforma producida por Ley Orgánica 1-2015 lo modificara para incorporar, además como sujetos protegidos por la norma y agraviados por la acción, al personal de seguridad privada debidamente identificado que desarrolle actividades de seguridad privada en cooperación y bajo el mando de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, castigando con pena de prisión de tres meses a un año y multa de seis a dieciocho meses. En el segundo párrafo de este artículo se introdujo la figura de la "falta de respeto y consideración debida" a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, castigándose con pena de multa de uno a tres meses.

La legislación penal italiana, por su parte, no criminaliza la desobediencia y resistencia realizada sin violencia o intimidación. El Código Penal alemán, entre otros Códigos europeos, no regula el delito de desobediencia. Sucede lo mismo con el Código Penal suizo, pero este contempla en

su artículo 286 la figura del impedimento, sin violencia o amenaza, al funcionario de ejercer actos inherentes a sus funciones. El Código Penal de Puerto Rico (artículo 246.e) criminaliza y castiga la resistencia al arresto o cuando huye violentamente luego de ser informado por funcionario público.

El modelo nacional ha concentrado los actos de desobediencia y resistencia pasiva en el artículo 386; sin embargo, al igual que otras legislaciones penales, tiene dispersos otros tipos legales de desobediencia a lo largo del Código Penal. Así, los delitos de incumplimiento a prestación de alimentos (artículo 149) y el delito de obstrucción a la justicia (artículo 409-A).

La legislación penal no tiene un tipo penal específico de desobediencia de parte de la autoridad o funcionario a cumplir las resoluciones judiciales u órdenes legítimas de funcionario jerárquicamente superior, lo que lleva a acudir a este tipo penal genérico.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico genérica es la Administración Pública. El objeto específico de la tutela penal busca garantizar penalmente la eficacia que deben poseer los mandatos de autoridad que emanen de funcionario público y se hallen revestidas de formalidad, en ejercicio legítimo de sus atribuciones. El bien jurídico se compone aquí de dos direcciones: en primer lugar, garantizar que los mandatos legítimos del funcionario público puedan cumplirse y, de otro lado, internalizar en los ciudadanos el respeto por dichos mandatos u órdenes. La doctrina nacional es unánime en afirmar este bien jurídico específico (Salinas Siccha, García Navarro, Peña Cabrera, Arismendi Amaya, Hugo Álvarez, Frisancho Aparicio, Portocarrero Hidalgo, Abanto Vásquez).

Nos dice la Corte Suprema que "la criminalidad de una desobediencia objetiva al mandato judicial, reside en que el agente público pese a conocer el mandato judicial y poder cumplir con sus directivas –facultades legales y el tiempo razonable para acatarlo– no lo hace. Con esta finalidad, debe examinarse cuidadosamente las atribuciones y funciones del agente público concernido, así como –tratándose de fondos públicos– la factibilidad material de su cumplimiento en atención al Derecho Administrativo y presupuestario. No se puede exigir lo imposible (...)"[622].

(622) Sentencia de Casación N° 50-2017-Piura, del 10/04/2018, Sala Penal Permanente.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, otro funcionario público o un servidor público[623], contra quien vaya dirigida la orden y esté obligado a cumplirla, también un colegiado o colectivo de personas. Por cierto, en este último supuesto, cabe la posibilidad de que no todo el colegiado o el colectivo aludido sea sujeto activo, sino solo aquellos que manifiesten expresa o implícita desobediencia. El representante de una persona jurídica igualmente puede ser el titular de la acción penal, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 del Código Penal.

El legislador no ha diferenciado el tipo en atención a la calidad del autor para aumentar la respuesta punitiva cuando este sea un funcionario público, dado que aquí no solo se estaría ante un delito común, sino ante uno especial propio, en el cual el sujeto público colisonaría con deberes especiales que le vinculan con la Administración Pública.

No pueden ser autores del delito, sin perjuicio de la complicidad, los terceros que no personalizan el destinatario de la orden y ayudan a este en los actos de desobediencia o resistencia.

El Estado es quien titulariza la condición del sujeto pasivo. La autoridad civil es quien encarna en la práctica dicha condición, en determinadas situaciones o casos la autoridad policial o militar.

V. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son:

- desobedecer
- resistir

El tipo penal contiene dos modalidades delictivas integradas en un solo tipo penal: **a)** la desobediencia a una orden impartida por funcionario público; y **b)** la resistencia a una orden impartida por funcionario público[624]. Para ambas modalidades es requisito esencial la existencia de una orden dada en el ejercicio de las atribuciones propias del cargo de funcionario.

(623) Correcta la apreciación de ABANTO VÁSQUEZ (cit., p. 169) en cuanto considera que posee mayor injusto penal la desobediencia del funcionario o servidor público, debiendo ello ser objeto de un desdoblamiento de tipicidad que castigue con mayor pena dicha circunstancia.

(624) Sostiene RODRÍGUEZ DEVESA que la desobediencia es el género; y la resistencia, una especie de desobediencia (*Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 878).

Finalmente, el tipo legal contiene una causal de atipicidad legal del comportamiento: que la resistencia o desobediencia derive del acto de detención.

Interesa destacar que el tipo penal alude aquí, en el marco de interpretación del elemento normativo funcionario público, a un "ejercicio de sus atribuciones", a diferencia de los artículos 365 (ejercer sus funciones) y 366 (acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones), estableciendo, además, un matiz de diferencia con su fuente comparada de origen: el artículo 239 del Código Penal argentino, que alude al "ejercicio legítimo de sus funciones". La diferencia en el empleo de los términos puede deberse a un tema de manejo discrecional sin mayor trascendencia o, en cambio, posibilitar entender que el ejercicio de atribuciones, al constituir una referencia lingüística, de contenido normativo, está tomada en su acepción estricta de connotación y amplia de denotación. Es decir, que abarca solo a quien posee competencias cuando ejerce la atribución, pero que las mismas no necesariamente les son dadas por el ejercicio de funciones derivadas del cargo, sino que tiene su origen en fuentes más amplias, a saber, la delegación, la transferencia, la orden administrativa interna.

1. La orden impartida

Requisito fundamental para que los actos del sujeto activo del delito sean reputados subsumidos en la tipicidad del delito tanto en su modalidad desobediencia o resistencia es que exista una «orden», no una simple citación, declaración, recomendación(625), petición o notificación no conminatoria. Una orden que tiene que ser notificada a su destinatario. La omisión de este requisito no permite configurar delito(626).

(625) Véase R. N. N° 1337-2013-Cuzco, del 20/01/2015, Sala Penal Permanente: "Se verifica que la citada resolución no contenía un mandato expreso –orden– dirigido a la procesada para que ejecute un acto en un plazo o fecha determinada, pues la recomendación no constituye una disposición imperativa, *conditio sine qua non*, para que los actos del sujeto activo se subsuman en la tipicidad del delito, de ahí que si la encausada hizo caso omisivo a la recomendación brindada por su superior, ello podrá ser valorado internamente por el órgano competente, mas no puede ser empleado como un elemento objetivo del delito de desobediencia a la autoridad, buscando su configuración, toda vez que si no hay orden no hay desobediencia posible". Al respecto, Tello Villanueva, Juan Carlos nos ofrece una interesante lectura interpretativa del "requerimiento", sustantivo que utiliza para hablar de la orden, componente normativo del delito de desobediencia, con base en una perspectiva de análisis utilizada por Tomas de Aquino, que sistematiza el enfoque en función de los tópicos *quaestio* –planteamiento del problema–, *disputatio* –argumentación en pro y en contra–, *responsio* –solución arribada– y *vera solutio* –depuración de lo resuelto–. "El requerimiento previo en el delito de desobediencia a la autoridad: ¿elemento del tipo, requisito de procedibilidad o cuestión probatoria", en *Gaceta Penal*, Tomo 108, junio 2018, Lima, Gaceta Jurídica, p. 97 y ss.

(626) Así, la ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 01/09/1998: «Al no existir certeza

La orden es el mandato de carácter intimatorio de cumplimiento obligatorio que debe ser acatada y cumplida[627] y que puede provenir de diversa fuente (jueces, alcaldes, autoridad o funcionario policial, entre otros). Dicho mandato tiene que ser legal, no importa que sea justa o injusta (según las valoraciones, susceptibilidades o a juicio del destinatario), es decir, debe ser impartida por el funcionario en virtud de las facultades o atribuciones de las que goza por su cargo o función. La orden debe ser expresa, **concreta**, sin ambigüedades, debe estar dirigida y puesta en conocimiento a un destinatario preciso individual o colectivo al que se le conmina hacer o dejar de hacer algo[628], y poseer un contenido posible de realización, en el marco de las relaciones jurídicas. Por lo mismo, y además de la asertividad de la orden, interesa también la legalidad de la misma (observancia de las formalidades que el caso amerite y dación en el estricto marco de competencia del funcionario) que le confiere legitimidad y validez jurídica. Por lo tanto, no son típicas las órdenes genéricas y vagas, sin fuente de origen.

La orden impartida por funcionario competente, la misma que forma parte tanto de la estructura de tipicidad del delito mediante desobediencia o resistencia, debe, reiterando, reunir los siguientes requisitos: (i) *origen legítimo*, esto es, provenir de funcionario competente que lo dicta en ejercicio de sus competencias, por lo que serán atípicas las ordenes personales o que involucran asuntos ajenos a los de la Administración Pública; (ii) *precisión y concretud*, lo que descarta órdenes genéricas, sin destinatario. La orden deberá precisar la conducta trasladada o impuesta al destinatario, de forma directa y clara, ya sea de hacer, cumplir o no hacer, con un mínimo de motivación o sustento normativo; (iii) *formalidad*, esto es, que sea notificada o hecha saber al obligado a cumplirla, con respeto a las formas, a efectos de que pueda tomar conocimiento preciso de su contenido, no basta la voz de alto que da el funcionario policial para articular delito de desodediencia o resistencia; y (iv) *que sea posible de ser cumplida* en los planos fáctico y jurídicamente. Órdenes imposibles de ser cumplirlas son atípicas.

---

de que el encausado haya sido notificado de manera oportuna de los requerimientos oficiales, o que deliberadamente haya desobedecido o resistido la orden impartida por el representante del Ministerio Público, no se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito imputado, revocándose la sentencia condenatoria y absolviéndose la procesado» (en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 838).

(627) Al respecto, la ejecutoria suprema de 21 de febrero de 1985, Exp. N° 290-85-Piura: "El delito de desobediencia a la autoridad presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictada por la autoridad en ejercicio de sus funciones".

(628) La orden debe ser notificada debidamente a su destinatario de forma que este tome conocimiento de lo allí mandado. Al respecto, véase la ejecutoria suprema de 20 de setiembre de 1985, Exp. N° 392-85-Lima; ejecutoria suprema de 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 665-97-Piura.

La orden puede ser verbal o escrita, en el primer caso de modo excepcional sin que por ello se excluya o desnaturalice la confluencia de los requisitos señalados (legitimidad-precisión-hecha saber directamente al destinatario). La publicidad de la orden no es un requisito del tipo penal, basta que sea notificada y su contenido requerido legalmente. Como bien indica VIVES ANTÓN, la desobediencia a las normas no constituye tipicidad de este delito(629), correspondiendo a un acto atípico.

La "orden" dictada y comunicada al destinatario se halla entroncada con el ejercicio de atribuciones del funcionario o autoridad que la dictó o dio origen. Este ejercicio de atribuciones está así relacionado con las competencias del cargo, siendo, como precisa RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, un elemento normativo del tipo, al requerir una previa valoración del intérprete a efectos de determinar cuándo la autoridad o sus agentes actúan en el ejercicio de sus funciones(630).

2. Primera modalidad delictiva: desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones

Desobedecer una orden impartida significa no aceptar, negarse a admitir, incumplir el mandato (de hacer o no hacer) dictado por autoridad competente en ejercicio de sus funciones. Supone voluntad de no cumplir por parte del destinatario de la orden, lo cual afecta el bien jurídico protegido(631). No se trata aquí de la desobediencia a la ley o norma jurídica, sino al mandato de autoridad competente. Señala RODRÍGUEZ DEVESA que la desobediencia consiste en la infracción de una norma preceptiva o prohibitiva dimanante de un órgano de la Administración a través del cual se concreta la voluntad de la ley, y se agota con el puro hacer o no hacer lo que el funcionario ha ordenado que no se haga o se haga(632).

Estamos aquí frente a un comportamiento omisivo simple imputable al sujeto activo del delito (el destinatario de la orden) que estando obligado a

(629) VIVES ANTÓN y COBO DEL ROSAL: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, p. 156.

(630) RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Nicomedes: *Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia*, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2020, p. 177.

(631) Así, la ejecutoria superior de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de 5 de abril de 1999: «El mantener en funcionamiento una academia preuniversitaria, que había sido clausurada por funcionarios del Ministerio de Educación, constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad» (en Academia de la Magistratura, *Serie de Jurisprudencia* 4, Lima, 2003, p. 403).

(632) RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Derecho Penal español. Parte especial*, novena edición, cit., p. 813.

acatar el mandato lo inobserva o desobedece. Pero también la figura penal admite la posibilidad de que se desobedezca realizando una acción prohibida (delito de omisión por acción), es decir, incumpliendo la orden del funcionario. Por lo general, existen términos o plazos legales o señalados en la orden que el destinatario deja correr sin acatar la conminación a actuar o a dejar de hacer. Es usual la intimación fiscal contenida en sus requerimientos de denunciar a los destinatarios, sean estos particulares o representantes de entidades públicas o privadas por delito de desobediencia ante la omisión o rehusamiento a cumplir con la información requerida o las prestaciones exigidas; sin embargo, en tal supuesto, para configurar el delito 368 se requerirá de la existencia de una orden fiscal que cumpla con los requisitos de toda orden dictada por autoridad competente. Igual sucede con los autos, decretos o sentencias, en la medida que no exista un mandamiento judicial(633). Casos de desobediencia judicializados son, por ejemplo: (i) la negativa de la depositaria judicial a devolver artefactos que le fueron encargados(634); (ii) mantener en funcionamiento una academia preuniversitaria que había sido clausurada por funcionarios del Ministerio de Educación; entre otros.

El momento de la consumación típica se produce en un acto posterior a la dación de la orden y, por lo general, una vez vencido el plazo legal o el plazo dado; también puede ser simultáneo a la orden, cuando esta sea perentoria. En determinados casos, cabe la posibilidad de reiteración de la orden para que se considere cumplida esta parte de la tipicidad de la figura penal.

La obediencia a la orden del funcionario público, dirigida de manera correcta con destinatario individualizado y especificando el contenido de la misma, radica en el deber que tienen los ciudadanos, también los sujetos públicos de respetar las decisiones funcionales legítimas de la Administración Pública, una vez que hayan tomado conocimiento legal y lo mandado sea lícito y posible. La desobediencia a órdenes abusivas, arbitrarias (ilegales, incluso dictadas en ejercicio de atribuciones) está justificada. La desobediencia a órdenes ilegítimas por incompetencia del funcionario que las emite es atípica. En ambos casos se excluye del deber de obediencia debida a los ciudadanos, incluso a los funcionarios de menor jerarquía con relación a las órdenes de sus superiores(635). La desobediencia a decisiones reputadas de injustas (recurribles) no es materia de atipicidad o que puedan

(633) Así, por ejemplo, en la doctrina y jurisprudencia argentina, véase Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., p. 1325.

(634) Ejecutoria suprema del 04/11/2002, Exp. N° 58-2002-Lima.

(635) Una sucinta e interesante exposición sobre la desobediencia a las órdenes de autoridad, véase en Ángeles Gonzales y Frisancho Aparicio: *Código Penal,* cit., T. VII, pp. 3169 a 3176.

merecer una justificación, queda sujeto el tema a ponderación del juez o, en caso extremo, a valoración en fase de determinación de pena. Resulta discutible la desobediencia a órdenes con apariencia de licitud.

Sin embargo, en casos excepcionales cabe la posibilidad, sujeta a evaluación judicial, de que el funcionario desobedezca la orden, resolución o mandato, conforme a la figura de la *remonstratio* (de origen en el Derecho canónico y utilizada en la doctrina germana, que facultaba la inejecutabilidad de órdenes cuando estas sean inoportunas, inútiles y/o nocivas para sus fines)[636], con base en el argumento de su inconveniencia de cumplimiento por fundadas razones no conocidas por quien las dio, las que serán puestas en conocimiento de aquel a efectos de que reconsidere o reitere el mandato. El incumplimiento del reiteramiento generará ya desobediencia o resistencia según el caso.

El ámbito de aplicación de las órdenes de funcionarios abarca tanto el marco de la Administración Pública como el civil común. La desobediencia a la orden de autoridad resulta imputable a título de falta (artículo 452-3) cuando revista poca importancia. Se entiende esto cuando no trascienda o comprometa mayormente el ejercicio funcional, esto es, cuando no ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal[637].

3. Segunda modalidad delictiva: resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones

El incumplimiento de la orden, impartida por el funcionario público, reviste ya aquí un grado superior de compromiso comisivo que la simple desobediencia. El sujeto no solo se limita a no cumplir, sino que se resiste, es decir, trata de impedir el cumplimiento de la orden que está siendo aplicada o concretada, se opone a ella a través de actos de resistencia (de hostilidad o de fuerza) que no deben llegar a la violencia o a la intimidación (resistencia activa)[638]. En la resistencia hay una respuesta activa,

(636) Véase Catalán Sender, Jesús: *Los delitos cometidos por funcionarios públicos*, cit., p. 140.

(637) La jurisprudencia española ha dado los siguientes referentes para hacer de la desobediencia una falta según la importancia de la materia sobre la que versa: jerarquía del funcionario de quien emana, condiciones del que desobedece, persistencia en el incumplimiento, daño producido y desprestigio causado a la autoridad o funcionario con la conducta negativa (sentencia de 24 de mayo de 1979, artículo 2152). Véase Vives Antón: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., p. 156.

(638) Al respecto, véase la ejecutoria superior de 29 de octubre de 1997, Exp. N° 4234-97-B, Sala de Apelaciones con Reos Libres. Caso en que la Sala confunde la hipótesis de desobediencia por la de resistencia, ante la reiterada negativa del empresario Baruch Ivcher de concurrir a dar su declaración testimonial ante la justicia militar, supuesto que se adecua más a la figura 371 de incumplimiento de deberes procesales.

que, como bien indica HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, implica una terca y tenaz porfía que obstaculice (más bien, se oponga a) la acción de los órganos o representante del poder público(639). Así, el embargado que se aferra a sus cosas o bienes, quien se niega a la entrega del automotor sobre el cual se ha dispuesto el secuestro o el decomiso de su mercadería, en todos estos casos desarrollando actos físicos de fuerza: puñetazos, patadas. Se habla entonces de una resistencia pasiva/activa, no violenta, con suficiente entidad para adquirir relevancia penal; es decir, la norma penal criminaliza la resistencia con actos de fuerza en respuesta a los actos legítimos del funcionario o autoridad, no la fuerza dirigida directamente contra él (lo que en el lenguaje de la norma penal española alude al acometimiento). Resiste igualmente quien, ante la orden policial de alto, efectúa disparos al aire o quien incumple la orden de detener su vehículo prosiguiendo su marcha violando el control policial y que al ser alcanzado por el personal policial roza a un efectivo policial(640).

La *jurisprudencia penal argentina* señala: "Para que se configure el delito de resistencia a la autoridad, es necesaria la oposición del agente a la acción que ya ejecuta el funcionario, en contra de personas determinadas, que hayan estado en condiciones de percibirla, a través de la actitud asumida por aquel y las circunstancias particulares que las condicionen, esto es, en situaciones que no de lugar a error. Es la contemporaneidad entre la violencia y el acto del funcionario, lo que esencialmente distingue el tipo en análisis, con el de atentado contra la autoridad pública, pues para que se configure este delito, no debe haber comenzado el acto funcional, siendo la violencia ejercida, prioritaria al mismo" (CNCCorrec., sala I, 23-4-96). "La desobediencia debe dirigirse, lo mismo que la resistencia, al funcionario, e importará el inmediato incumplimiento de una orden. Si no existe esa relación inmediata, no necesariamente de presencia, entre un funcionario, una orden y un destinatario, no hay obediencia. En cuanto a la consumación, la resistencia se consuma con el primer acto de oposición (a la orden) y la desobediencia, con el vencimiento del plazo para el cumplimiento (de la orden)" (Cas. Pen., sala III, 15-8-2002)(641).

(639) HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto M.: «Delitos contra el orden público», en BENEYTEZ MERINO, Luis; BURKHAKLTER THIÉBAUT, Joaquín, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido y otros: *Código Penal doctrina y jurisprudencia,* Tomo III, Madrid, Editorial Trivium, 1997, p. 4735.

(640) Ejecutoria superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 11/06/1998, Exp. N° 137-98.

(641) Véase, MAIZA, María Cecilia: *Delitos contra la Administración Pública*, Revista Penal, Buenos Aires, cit., pp. 305 y 308.

La diferencia entre la resistencia de la figura 368 y la resistencia contenida en la figura 366 radica justamente en la presencia del factor instrumental como componente objetivo: en la figura de coacción-atentado se produce una resistencia que hace uso de la violencia o intimidación, mientras que en la resistencia simple de la figura 368 deben inexistir tales medios de realización delictiva; a lo sumo se ha considerado que la norma puede admitir actos moderados o mínimos de violencia o intimidación, es decir, «una oposición tenaz, defensiva, resuelta, decidida, con utilización de fuerza real (física o síquica) frente a la actuación del funcionario agredido»[642]. Los jueces peruanos han resuelto diversos casos en tal orientación conceptual. Así, por ejemplo, en el caso 482-96 (Primera Sala Penal Superior de Lima), sentencia del 10 de febrero de 1998, en el cual una familia hizo tenaz resistencia al operativo policial, arrojando piedras y botellas. La resolución final de la Sala Penal calificó el hecho como una acción de entorpecimiento de la diligencia policial ante un caso de microcomercialización de drogas, indicando que el empleo de la violencia, intimidación o amenaza debe tener idoneidad para imponer la voluntad del autor a la del funcionario. Son casos de resistencia propias del artículo 368 los empujones y patadas dadas por el sujeto activo cuando la policía le introduce en el vehículo policial, el tirón efectuado para quitarle de la mano del policía la bolsa conteniendo droga, o aprovechando que le quitaron los grilletes para pretender darse a la fuga, la oposición violenta al desalojo. No son actos de resistencia los forcejeos del sujeto activo derivados de la intervención del sujeto público.

En la **jurisprudencia española** se distingue entre resistencia activa o grave y resistencia pasiva o no grave, la primera propia del delito de atentado (similar a nuestro artículo 366), caracterizada por el uso de acometimiento violento, el ataque o embestida impetuosa la agresión para la vida o la integridad física (STS del 4 de noviembre de 1986); mientras que la resistencia no grave es vista cuando es meramente pasiva, renuente o inerte, aunque en este caso es necesario que sea manifiesta y tenaz (STS del 14 de setiembre de 1989). En otra sentencia del Tribunal Supremo español se define mejor las características de esta «resistencia no grave»: la resistencia menos grave ofrece un carácter más pasivo, simbolizada por un no hacer inequívoco y merma del principio de autoridad, cuya diferenciación exige un examen de las circunstancias de acción, modo, lugar, tiempo y personas concurrentes en cada caso. Suponiendo, pues, la resistencia no grave no solo una oposición al mandato o actuación de la autoridad, de sus agentes o de los funcionarios públicos, sino una traba u obstrucción, en

(642) Véase al respecto VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 149.

persistente y declarada porfía, en manifiesta rebeldía, en actitud, frecuentemente desafiante, de contrafuerza física o material contrarrestadora o deliberante; sin alcanzar la beligerante agresividad y la iniciativa violenta, patente en su hostilidad y relevante en sus consecuencias, características de la resistencia grave, ello sin perjuicio de que en la primera pueda concurrir alguna manifestación de violencia o intimidación, de todo moderado y características más bien defensivas y neutralizadoras, lo cual sucede en el supuesto más característico del forcejeo del sujeto con los agentes de la autoridad (STS del 18 de enero de 1988).

En jurisprudencia más reciente, el Tribunal Supremo español sostiene que: "La resistencia constitutiva de atentado es activa, mientras que la constitutitva del delito de resistencia es pasiva; y por tanto se aplicará el artículo 550 cuando la oposición del sujeto sea activa violenta, abrupta y hasta clamorosa, mientras se aplicará el artículo 556, cuando la resistencia sea pasiva, inerte, renuente, de manera que denote una terca y tenaz porfía obstaculizadora de la acción de los órganos públicos" (STS 77/2009, del 5 de febrero). "Es criterio diferencial la forma de realizar la acción, porque en el atentado predomina la acción intencional de acometimiento o comportamiento agresivo externo (fuerza, intimidación o resistencia grave), mientras que la resistencia no grave es pasiva, aunque puede ocasionar lesiones, generalmente leves, a los funcionarios que pretenden llevar a cabo la detención, pero sin la intención directa que es propia del atentado" (STS 218/2003, del 18 de febrero).

VI. CAUSA DE ATIPICIDAD LEGAL: LA DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA PROPIA DETENCIÓN[643]

Se halla excluida de la relevancia penal del artículo 368 la resistencia puesta en práctica ante la orden de detención[644], la que cubre tanto al

(643) Véase ejecutoria suprema de 27 de agosto de 1997, Exp. N° 717-96-Lima; ejecutoria suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 06-93-Lima; ejecutoria suprema de 9 de junio de 1994, Exp. N° 2371-93-Callao.

(644) La sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad, que tiene sustento legal en el artículo 368 del Código Penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención (ejecutoria suprema, R. N. N° 2228-2003-Callao, del 07/11/2003, Sala Penal Permanente). Incluso en circunstancias de comisión *in fraganti* de delito. Así, la ejecutoria suprema del 22 de abril de 2002, Exp. N° 3220-2001-Lima: "Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionada, fue intervenido por un efectivo policial, resistiéndose 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" (en SALAZAR SÁNCHEZ, cit., p. 4); ídem la

destinatario del mandato como a las personas de su entorno familiar o allegados. Por la naturaleza del hecho material de la detención, que afecta un derecho fundamental, la exclusión no se compatibiliza con la figura de la desobediencia, puesto que el mandato u orden de detención es de naturaleza coactiva, no está sujeta a la posibilidad de que el sujeto lo cumpla o no (esquema de la desobediencia). Considerar que el destinatario de la orden de detención la desobedece si se opone a ella es hacer un uso inadecuado de los conceptos jurídicos penales. Se trata de órdenes solo susceptibles de resistencia. Obviamente, cuando esta resistencia rebase la de la detención, ¿cuál es la razón que justifica la exclusión de tipicidad del acto de resistencia cometida por el sujeto a quien se ha ordenado su detención? El modelo extraído de la legislación penal argentina(645) halla argumentación sólida, a decir de FONTÁN BALESTRA, en el siguiente razonamiento jurídico: «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»(646). Efectivamente, el Código Penal argentino no tipifica penalmente la conducta del que se fuga del lugar donde se halla detenido legalmente, si lo hace sin violencia en las personas o fuerza en las cosas. Nuestro Código Penal vigente igualmente determina lo mismo en su artículo 413. Esta identidad de dispositivos legales hace valedero el argumento dado para la exclusión de tipicidad en la resistencia puesta por quien va a ser detenido o está siendo conducido a prisión.

Considero errónea la posición que ve aquí una exención de penalidad o una excusa absolutoria(647).

---

ejecutoria suprema del 07/11/2003, R. N. N° 2228-2003-Callao, (en PÉREZ ARROYO, Miguel: *La evolución de la jurisprudencia en el Perú* (2001-2005), Tomo II, INPECCP, Lima, 2006, p. 1283).

(645) Una amplia exposición del tema véase en DONNA, cit., p. 63 y ss.

(646) FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, pp. 169-170. El artículo 280 del Código Penal argentino dice lo siguiente: *"Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hallándose legalmente detenido se evadiere por medio de violencia en las personas o fuerza en las cosas"*.

(647) Tal es la lectura de la ejecutoria suprema del 27/08/1997, Exp. N° 717-96-Lima, en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 717. SALVADOR ESQUIVEL, Nils, en su artículo "Precisiones sobre la atipicidad legal en el delito de desobediencia a la autoridad", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 77, noviembre 2015, Lima, Gaceta Jurídica, analiza las diversas posiciones académicas de la doctrina nacional sobre la resistencia a la orden de detención, asumiendo la tesis de la atipicidad, véase, p. 156 y ss.

Son otros supuestos de atipicidad el desconocimiento del mandato, al no acreditarse que el obligado haya sido notificado(648). Igualmente, el caso decidido por la Corte Suprema, en el cual existió imposibilidad para la configuración del delito, dado que el imputado no tenía consigo el vehículo para su devolución, encontrándose el caso en apelación, esto es, no consentida la decisión y posteriormente revocada la medida(649).

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El tipo penal es doloso. El sujeto activo debe conocer que existe un mandato de autoridad competente dirigido contra él que debe acatar y que voluntariamente dirige su comportamiento a desobedecerlo o resistirlo contra la autoridad o funcionario de cuya calidad conoce, le consta o puede advertir por algún signo que evidencie dicha condición. No bastará la sola posibilidad de conocimiento de la calidad especial del sujeto público o el debería conocer o suponer dicha calidad. Se trata de un conocimiento efectivo para configurar el delito en su plano subjetivo.

El dolo exigido es un dolo directo o de intención. El dolo implica el conocimiento de lo mandado en la orden del funcionario, así como que está desarrollando actos de resistencia o desobediencia ante la orden legítima de autoridad o funcionario(650).

"Nos dice la jurisprudencia penal argentina: "Si el agente no pudo comprender que su detención estaba justificada en base al hecho delictivo –que ignoraba– acabado de cometer en las cercanías, no obstante haber afectado la preeminencia y el normal desempeño de los agentes policiales, corresponde absolver al imputado por delito de desobediencia a la autoridad, al no concurrir el dolo exigido por la figura en mención" (TOCr. N° 1, 03/07/2003)(651).

(648) Ejecutoria suprema del 28/05/2004, R. N. N° 578-2003-Lima, Sala Penal, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 13, N° 106, Gaceta Jurídica, Lima, julio 2007, p. 257.

(649) Ejecutoria suprema del 16/06/2005, R. N. N° 115-2005-Lima, *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 13, N° 115, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2008, p. 204.

(650) La ausencia de dolo hace atípica la figura. Véase la ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima de 25 de julio de 1997: acusado que desobedece cumplir orden de juez en proceso de alimentos, actuando sin dolo en su conducta, Exp. N° 2166-97, Cayo Rivera-Schreiber [ponente], Alberca Pozo, La Rosa Gómez.

(651) Véase, Maiza, María Cecilia: *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 313.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En la modalidad de desobediencia, el delito se consuma al vencerse el plazo para cumplir la orden. Los actos posteriores de acatamiento no cancelan la tipicidad del delito, pues este ya se ha consumado(652); no obstante, el hecho puede quedar a ponderación del juez a los efectos de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Penal, en lo que sea aplicable.

En la modalidad de resistencia, el delito queda consumado al producirse el primer acto material de resistencia, asumiendo permanencia.

Se trata de un delito de simple actividad, cometible por omisión en la primera modalidad y por acción en la segunda. El delito es instantáneo que puede asumir permanencia en la segunda modalidad delictiva. La realización del acto omisivo y la ejecución del acto de resistencia consuman ya el delito, es difícil que se presenten casos de tentativa.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, ejecutoria del 20 de enero de 2015, R. N. N° 1337-2013-Cusco, Sala Penal Permanente, consideró que no se produce el delito, absolviendo al procesado, cuando la negativa a obedecer la orden por parte del administrado se halla al amparo de lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, al solicitar a la autoridad reeevaluar su decisión (recurso de reconsideración) y, por lo mismo, quede en suspenso la ejecución de la orden, al ser un derecho que la ley otorga.

IX. AGRAVANTES

Por acción de la Ley N° 29439 (del 19/11/2009) se incorporó al artículo 368 un segundo párrafo que introdujo una modalidad específica de desobediencia con base en la negativa a tomarse análisis de sangre y otros fluidos. Posteriormente, la Ley N° 30862 (del 25/10/2018) incorporó una segunda modalidad agravada de desobediencia/resistencia, vinculada a sucesos de violencia familiar:

(652) Ejecutoria superior de 28 de octubre de 1997: "Que, si bien es cierto que mediante acta de reposición se da cumplimiento al mandato judicial, sin embargo, este hecho es posterior a la iniciación de la presente acción lo cual en modo alguno implica que la conducta imputada al procesado deje de ser delito" (Exp. N° 4133-97, Baca Cabrera [ponente], Príncipe Trujillo, La Rosa Gómez de la Torre). Ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima de 19 de enero de 1998: "El tipo penal de desobediencia a la autoridad, solo describe la producción del estado (delito de estado) y no su mantenimiento, en consecuencia, aparece el delito desde que el agente se muestra renuente a acatar la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio regular de sus funciones, no pudiendo condicionarse la desaparición del acto antijurídico a que el sujeto cumpla posteriormente el mandato que en su momento oportuno había desacatado" (Exp. N° 4133-97, Saquicuray Sánchez [ponente], Baca Cabrera, Mac Rae Thays).

(i) *Desobedece la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas.* Modalidad íntimamente vinculada, principalmente –no exclusivamente–, con el delito de conducción de vehículos en estado de ebriedad o estado de drogadicción. Tema ampliamente debatido en la doctrina española y que llevó a entender que ello suponía afectar el derecho a no autoincriminarse y que mereciera sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional español que negaron dicha vulneración (STS N° 100/1985, de 3-10; STS N° 161/1997, 2-10: "La verificación de la prueba de alcoholemia supone para el afectado, un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico rodado"). Sin embargo, para que se produzca el delito no será suficiente la negativa, sino que tendrán que concurrir en el hecho las demás características de tipicidad. Como bien señalan GANZEMÜLLER, ESCUDERO y FRIGOLA, sin embargo, no debe concebirse este tipo como basado en la sospecha de que quien no quiere someterse a la prueba señalada es porque se halla intoxicado por el alcohol o las drogas (extremo que bien pudiera ocurrir), pues ello supondría una suerte de preterición del derecho a la presunción de inocencia(653).

En la posibilidad de que los policías no advierten síntoma alguno en el ciudadano de estar bajo efectos del alcohol o drogas tóxicas, y negándose este a pasar las pruebas que el personal policial le requiere, dicho supuesto no constituye delito de desobediencia a la autoridad policial, sino tan solo una infracción disciplinaria o reglamentaria, dado que el comportamiento típico se sustenta en el supuesto de estar el requerido en alguno de los dos estados situacionales ya por alcohol o ya por drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas/sintéticas.

En el Código Penal español, el artículo 383 (modificado por Ley Orgánica 15/2007) contempla la negativa a someterse a las pruebas legales establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia

(653) GANZEMÜLLER, Carlos; ESCUDERO, José Francisco y FRIGOLA, Joaquín: *Delitos contra la seguridad del tráfico*, Barcelona, Bosch, 1999, p. 163.

y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. La anterior redacción, ubicada en el artículo 380 del CPE, consideraba dicha negativa un delito de desobediencia grave.

(ii) *Desobedece o resiste una medida de protección dictada en un proceso originada por hechos que configuran violencia contra las mujeres o contra integrantes del grupo familiar será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años.* En cambio, aquí el comportamiento de desobediencia o resistencia ha sido relacionado, por la norma penal, con medidas de protección en el marco de violencia establecidas en la Ley de Protección y Prevención de Violencia Familiar, Ley N° 30364, del 23/11/2015; y sus reglamentos, Decreto Supremo N° 009-MIMP, del 10/08/2016, y Decreto Supremo N° 004-2019, del 07/03/2019. Medidas que van desde el retiro del agresor del domicilio; impedimento de acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma en una distancia fijada por juez; prohibición de comunicarse con la víctima vía epistolar, telefónica, electrónica, utilizando el chat, redes sociales, institucionales, intranet u otras redes o formas de comunicación; prohibición del derecho de tenencia y porte de armas; inventario sobre sus bienes; cualquier otra requerida para la protección de la integridad personal y la vida de sus víctimas o familiares. El Reglamento en su artículo 37 fija medidas complementarias, prohibición de acceso a lugares de trabajo y estudio de la víctima u otro lugar que esta frecuenta o de acercarse a una distancia de 300 metros; tratamiento reeducativo o terapéutico del agresor; prohibición de disponer, enajenar, otorgar en prenda o hipoteca, o cambiar de titularidad los bienes muebles o inmuebles comunes, entre otras.

Figura de desobediencia o resistencia que entra en conflicto de aplicación con la sexta agravante del artículo 122 (incorporada en el tipo penal especial por el artículo 1 de la Ley N° 30819, del 13/07/2018), la que precisamente considera que el delito de agresiones físicas o la causación de afectación psicológica, cognitiva o conductual (comprendidos en el concepto genérico de "violencia") contra una mujer o integrantes del grupo familiar se agrava si "se contraviene una medida de protección emitida por la autoridad competente", lo que en buen romance significa igualmente desobediencia o incluso resistencia, esto es, sujeto al ámbito significativo de lo que haya que entender en la frase "se contraviene". Agravante ingresada al tipo penal tiempo antes de la inclusión de la circunstancia que da cuenta de igual circunstancia en el artículo

368 del Código Penal. La inclusión del incumplimiento de las medidas de protección, contemplada en dos tipos penales especiales del Código Penal, castigados con *quantums* de pena distintos afecta la prohibición de doble valoración, situación que, sin embargo, deberá solucionarse de conformidad, en vía de interpretación a través del principio de especialidad, o mediante normalización legislativa.

X. PENALIDAD

La labor legislativa ha jugado aquí un papel de irracionalidad manifiesta que ha convertido al delito de desobediencia en un delito agravado con relación a los delitos de atentado violento, lo que colisiona con criterios políticos criminales serios y de rigor, distorsionando no solo la técnica legislativa empleada, sino la razonabilidad del Derecho Penal nacional, en una suerte de populismo maximalista.

Penalidad del tipo básico: de tres a seis años de pena privativa de libertad.

Penalidad de los tipos agravados oscilan de cuatro a siete años de pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas (primera modalidad agravada) y de cinco a ocho años (en la segunda modalidad agravada).

La penalidad del tipo básico del diseño original de 1991 era de 2 días a 2 años de pena privativa de libertad. Se aprecia así cómo a lo largo de las reformas introducidas se ha generado una enorme desproporcionalidad en la pena establecida para el delito de desobediencia y resistencia, cuyo extremo máximo puede llegar a los 8 años, si la comparamos con el tipo penal de atentado del artículo 365, que es merecedora de una pena de 2 días a 2 años, pese a que en ella el sujeto activo desarrolla el comportamiento tipico con base en violencia o amenaza; desproporcionalidad que se convierte en una desnaturalización en la criminalización/punición si tomamos en cuenta que la pena establecida para igual delito en el Código Penal argentino (artículo 239) es de 15 días a 1 año; en el Código Penal alemán (artículos 113.I), la resistencia con violencia o amenaza se castiga con pena de hasta dos años o con multa; en el Código Penal suizo (artículo 286), con pena de 30 días-multa, mientras que el atentado/impedimento realizado con violencia o amenaza se sanciona con pena de hasta tres años o pena pecuniaria. En el caso del Código Penal colombiano, solo castiga el delito de atentado realizado con violencia o amenaza con pena de 4 a 8 años de prisión (artículo 429).

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad[654]

- No son típicas las órdenes genéricas, vagas, difusas.
- No son actos típicos la desobediencia a las normas.
- Por error de tipo invencible.
- Por órdenes nulas de derecho, por carecer de competencia el sujeto público que dio la orden.

2. Causas de justificación

- Legítima defensa (derecho a la resistencia ante órdenes arbitrarias o injustas, o que adolecen de nulidad, ante el comportamiento innecesariamente agresivo del funcionario).
- Estado de necesidad justificante.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el artículo 366 (atentado-coacción específica).
- Con el delito de abuso de autoridad (artículo 376).
- Con el artículo 367 (atentado-coacción agravadas).
- Con el artículo 202 (daños).

(654) Véase un caso de atipicidad por faltar el elemento constitutivo del tipo penal, referido al sujeto pasivo obligado a obedecer, en la ejecutoria superior de 23 de octubre de 1997, que declaró sobreseída la causa por no tener los funcionarios ediles procesados competencia para cumplir con lo ordenado en las resoluciones del Consejo Metropolitano de Lima (Exp. N° 5332-97, PRÍNCIPE TRUJILLO [ponente], LA ROSA GÓMEZ, CAYO RIVERA).
La ausencia de notificación debida constituye, asimismo, un elemento negativo del delito, que imposibilita la imputación objetiva. Así, la ejecutoria superior de 21 de enero de 1998: "Que de autos no aparece elemento alguno que vincule el procesado con el delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, toda vez que de estos actuados no aparece haber sido el procesado notificado formalmente en la vía civil correspondiente para el cumplimiento de la medida cautelar de su referencia" (Exp. N° 4334-97-F, MARTÍNEZ MARAVÍ [ponente], BÁSCONES GÓMEZ, CAVERO NALVARTE).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 239: *Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año, el que resistiera o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia legal a requerimiento de aquel o en virtud de una obligación legal*».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 237: *Los que, sin estar comprendidos en el artículo 231*[(655)]*, resistieren a la autoridad o a sus agentes, o los desobedecieren gravemente en el ejercicio de las funciones de su cargo, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas*».

3. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 556: *Los que sin estar comprendidos en el artículo 550 resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 1 año*».

4. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 388:

1. *Quien faltare a la obediencia debida a una orden o mandato legítimo que hayan sido regularmente comunicados y emanados de autoridad o funcionario competente, será penado con prisión de hasta 1 año y multa de hasta 30 días.*

2. *La misma pena será aplicada si otra disposición legal conminare a la pena de desobediencia simple.*

3. *La pena será de prisión de hasta dos años y multa de hasta 100 días si otra disposición legal conminare a la pena de desobediencia calificada*».

(655) Se refiere a los comportamientos de atentado impropio y propio del delito de atentado del Código español.

5

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PENITENCIARIA

Artículo 368-A: *«Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión*

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, de video, o proporcionen la señal para el acceso a internet desde el exterior del establecimiento penitenciario 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» (artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012, y modificado por la cuarta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27/07/2015.

Artículo 368-B: *«Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión*

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» (artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012).

Artículo 368-C: *«Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios*

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» (artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012).

Artículo 368-D: *«Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios*

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» (artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012).

Artículo 368-E: *«Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios*

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» (artículo incorporado por el artículo único de la Ley N° 29867, publicada el 22/05/2012).

En los meses de octubre a diciembre de 2011 se presentaron al interior del Congreso de la República varios proyectos de ley orientados a criminalizar y reprimir la posesión de teléfonos y accesorios de comunicación como por igual de armas de fuego al interior de los establecimientos penales, en desesperada respuesta de la política criminal a la tenencia por parte de los internos de dichos artefactos que reportaba la casi frecuente requisa de dichos instrumentos, en un evidente desacato a las medidas administrativas. El legislador acudió entonces a la injerencia penal para un problema netamente administrativo y de controles previos vinculados principalmente a problemas de corrupción. Para el 5 de mayo de 2012, se publicó la Ley N° 29867, con apreciable celeridad nacida del consenso en los trámites parlamentarios para la aprobación y promulgación de la ley.

I. INGRESO INDEBIDO DE EQUIPOS O SISTEMA DE COMUNICACIÓN, MATERIALES O COMPONENTES A CENTRO DE RECLUSIÓN O DETENCIÓN

La Ley N° 29867 incorporó 5 tipos penales que fueron anexados a continuación del delito de desobediencia y resistencia a la autoridad, dos de los cuales registraron comportamientos diversos vinculados tanto al ingreso (entrar, introducir al interior del establecimiento penal o de detención), tentativa de ingreso (tratar de introducir al interior del establecimiento, frustrado por la acción de control) como a la permisión (autorización o no evitación) de ingreso de: (i) 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 (artículo 368-A, modificado ulteriormente por el Decreto Legislativo N° 1182, publicado el 27/07/2015); (ii) materiales o componentes que

puedan utilizarse en la elaboración de antenas, receptores u otros materiales al interior de los centros de detención o reclusión que posibiliten o faciliten la comunicación telefónica, celular o fija, radial, vía internet u otra análoga del interno (artículo 368-B).

En ambas figuras penales (368-A y 368-B) se ha utilizado la técnica de construcción de tipos penales de resultado (ingresa), de simple actividad/tentativa (intenta ingresar) y de omisión (permite el ingreso). Las dos primeras modalidades imputables al sujeto activo particular externo al establecimiento (visitantes, familiares, personal técnico autorizado); mientras la tercera modalidad, al personal administrativo del penal (funcionario o servidor público: policía nacional o personal del INPE) o del centro de detención (fiscal-juez, policia nacional, personal asistencial de fiscalías o juzgados), lo que configura un delito especial.

El comportamiento típico ha sido redactado con el uso del adverbio "indebidamente", que es el que le da sentido de injusto a la figura penal, el mismo que permite considerar que ingresos autorizados (al personal judicial, fiscal, INPE, Ministerio de Justicia, Defensoría del Pueblo) se salen de los alcances del tipo penal. Componente "indebidamente" que se observa en los artículos 368-A, 368-B y 368-E, y que nos remite a la normativa extrapenal permisiva para completar el tipo penal en su lectura negativa de tipicidad.

Los escenarios de protección son el centro de reclusión de internos (el penal) o de detención de detenidos investigados (carceletas, comisarías, etc). El objetivo de la criminalización es evitar la comunicación de los internos con el exterior bajo cualquiera de las vías o modalidades que el tipo consigna (telefónica celular o fija, radial o por cualquier modalidad de internet, señales fotográficas o de video). Los tipos 368-A y 368-B han sido construidos como delitos de dominio, el primero con un rango de pena más elevado (4 a 6 años de pena privativa de libertad) que el segundo (2 a 4 años de pena privativa de libertad en su modalidad básica); en tanto figuras penales autónomas, cada una de las cuales registra una modalidad agravada a modo de delito especial impropio, caracterizado por la intervención de un agente que se vale (ejercicio de acciones de prevalimiento) de su condición de autoridad, servidor o funcionario público, que incrementa la pena de 6 a 8 años y de 3 a 6 años, respectivamente, más pena de inhabilitación, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 36, incisos 1 y 2 del Código Penal. Dichos agravantes admiten hipótesis comisivas y omisivas, es decir, que el funcionario/autoridad/servidor ingresa indebidamente o permite el ingreso de dichos bienes o accesorios e incorporan la calidad de abogado defensor, sin que ello configure naturaleza de delito especial impropio lo

que si sucede cuando el autor es un funcionario o servidor público. El artículo 368-B agrava igualmente la conducta cuando el agente se sirve de un menor de edad. La utilización de menores de edad está considerada en los artículos 368-B, 368-C y 368-E, circunstancia que guarda relación con el ingreso de menores en las visitas excepcionales a los internos.

Llama la atención que el legislador haya incluido la modalidad omisiva "permitir" tanto en el tipo básico como en el agravado, con lo cual efectúa una inadecuada doble valoración no solo de la calidad especial del agente, sino del comportamiento, salvo que pueda entenderse que en el tipo básico permitir el ingreso de equipos o sistemas de comunicación pueda efectuarse sin prevalimento, esto es, mediante comportamientos de dolo eventual. Es acertada la precisión que efectúa SALINAS SICCHA de preferir en tales casos la aplicación del tipo básico. Circunstancia de redacción bastante particular y anómala que se reproduce, además del artículo 368-A, también en los artículos 368-B y 368-E.

El **bien jurídico protegido** específico con ambas modalidades delictivas es proteger la seguridad y el normal desarrollo de la actividad administrativa de los penales y centros de detención.

El sujeto pasivo del delito es el Estado, concretamente la administración penitenciaria.

II. DELITO DE SABOTAJE EN EL FUNCIONAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y COMUNICACIÓN EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

El tercer tipo penal (368-C) está dedicado a criminalizar y reprimir el sabotaje de los equipos de seguridad con los que cuentan los establecimientos penales. Es decir, mientras en los tipos penales anteriores, desde fuera se introduce o intenta introducir indebidamente equipos o acccesorios para la comunicación, el artículo 368-C ha sido construido sobre la base de los equipos de seguridad y/o de comunicación con los que cuentan ya instalados los establecimientos penitenciarios, sin hacer mención a los centros de detención, sobre los cuales el comportamiento típico del agente vulnera (daña, afecta funcionalmente), impide (imposibilita que cumpla su función en el caso concreto), dificulta (obstaculiza, estorba), inhabilita (hace no adecuado para su finalidad) o de cualquier otra forma imposibilita su funcionamiento. Se trata, como resulta fácil advertir, de acciones comisivas de sabotaje, que van desde el daño físico hasta la obstaculización y el detrimento de la funcionalidad de dichos equipos. Comportamientos orientados a otras finalidades: tales como permitir desde fugas o evasiones hasta acciones internas

de indisciplina, protestas o agresiones que puedan cometer los internos. El énfasis de la afectación no está colocado en el perjuicio material o de infraestructura, pues se optimiza negativamente el funcionamiento; en efecto, la norma concluye de modo abierto en cualquier forma de imposibilitar la funcionalidad de los equipos de seguridad y/o de comunicación.

El sujeto activo es un particular, pudiendo tratarse del propio interno, un visitante de este último o el abogado defensor.

El delito de sabotaje, al igual que en los dos artículos anteriores, posee un tipo común de dominio, castigado con pena de 5 a 8 años de pena privativa de libertad, y un tipo penal especial impropio, donde el autor es un sujeto público que se aprovecha de su calidad de autoridad, servidor o funcionario público para cometer o permitir que se cometa el hecho, supuesto en el cual la pena privativa de libertad se incrementa a 8-10 años, más pena de inhabilitación. Esta circunstancia agravada comprende igualmente al abogado defensor y cuando el sujeto común se vale de menores de edad para cometer el delito; supuestos en los que no nos encontramos ante un delito especial impropio, pues si el abogado defensor pertenece a la defensa pública, se trata de un servidor público; de lo que se infiere que la mención está pensada para los abogados defensores particulares. Resulta forzada la hipótesis legal de usar a un menor de edad al interior de los establecimientos penales (el tipo emplea la frase "el que dentro de un centro penitenciario") para cometer la acción de sabotaje.

El delito de sabotaje admite una lectura previa de *ultima ratio*, al existir normativa administrativa que sanciona administrativamente por faltas los daños a las instalaciones del establecimiento penitenciario (artículo 26.4 del Código de Ejecución Penal).

III. DELITO DE POSESIÓN INDEBIDA DE ARMAS DE FUEGO, TELÉFONO CELULAR Y USO DELICITVO DE LOS MISMOS

El artículo 368-D, en una técnica de redacción legislativa de tres niveles, construye su tipicidad objetiva en función del interno del penal o del centro de detención, esto es, el privado de libertad mediante sentencia o a través de prisión preventiva u otra medida, que (i) posee o porta un arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos (castigado con pena de 8 a 15 años de pena privativa de libertad), como por igual en un segundo párrafo al (ii) que posee, porta, usa o trafica con un teléfono celular o fijo o cualquiera de sus accesorios (baterías, chips, antenas, cargadores, adaptadores universales, lápiz óptico, etc.), no expresamente autorizado (castigado con pena privativa de libertad de 3

a 8 años); y, finalmente, (iii) si con estos aparatos cometió o intentó cometer un ilícito penal, la pena se incrementa de 10 a 15 años. Las dos primeras modalidades son delitos de simple actividad y peligro, en los que enfatiza la simple posesión de arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o un teléfono celular, sin que altere la tipicidad del hecho cómo es que el interno llegó a la tenencia de dichos bienes. En cambio, la tercera modalidad, severamente castigada, va a requerir una tentativa o resultado delictivo lesivo sobreagregado, por ejemplo, a través del teléfono una extorsión, secuestro extorsivo, chantaje, cohecho activo, o mediante el arma un delito de robo al interior del penal. La norma no lo dice, pero deja abierto el respectivo concurso real de delitos entre el artículo 368-D y el delito cometido o intentado cometer.

El bien jurídico protegido trasciende las esferas del penal para proyectarse al entramado social, dada la capacidad de llegada de las comunicaciones por celular. Se trata así de asegurar condiciones de seguridad para los internos, el personal penitenciario y sus autoridades como igualmente la sociedad en su conjunto.

Tenemos con este artículo un delito especial, por la calidad del agente: un interno o detenido, que no es un delito de infracción de deber, sino un delito de dominio.

IV. DELITO DE INGRESO DE ARMAS DE FUEGO Y EXPLOSIVOS EN INSTITUCIÓN PENITENCIARIA

El artículo 368-E, conminando con una pena privativa de libertda de 8 a 15 años y con la misma estructura de tipicidad del artículo 368-A, criminaliza al sujeto indeterminado que ingresa o intenta ingresar, como también al sujeto público que permite el ingreso de arma de fuego, arma blanca, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, a un centro de detención o reclusión para uso del interno. Se trata así de un delito con finalidad específica, que puede considerarse el antecedente de la figura penal consignada en el primer párrafo del artículo 368-D.

El segundo párrafo de este artículo sigue por igual el modelo agravado de los artículos 368-B y 368-C, y es el que posee el más alto indicador punitivo: de 10 a 20 años y pena de inhabilitación (el agente se vale de un menor de edad o de su condición de autoridad, funcionario/servidor público o abogado defensor).

El bien jurídico específicamente protegido es el mismo que el del artículo 368-D.

6

VIOLACIÓN DE FUEROS DE AUTORIDAD

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Concurso de delitos. **X.** Legislación extranjera: 1. Puerto Rico (1975). 2. España (1995).

Artículo 369: *«El que mediante violencia o amenaza impide a una autoridad elegida en un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal juramentar, asumir o ejercer sus funciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.*

Si el agente es funcionario o servidor público sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 8» (texto según reforma efectuada por el artículo único de la Ley N° 29519, publicada el 16/04/2010).

I. ANTECEDENTES LEGALES

En la legislación penal peruana encontramos un antecedente aproximado en el artículo 323 del Código de 1924, que circunscribió la acción típica al hecho de impedir el funcionario público que un representante concurra a su cámara o ingrese en ella.

En la legislación extranjera no existe un modelo igual al peruano. El artículo 251 del Código Penal de Puerto Rico de 1974 castigaba la coacción que impide la reunión de la Asamblea Legislativa o de cualquiera de sus cámaras o de sus miembros(656). Lo mismo acontece en la legislación

(656) Ver "Legislación extranjera".

penal española bajo el modelo de atentado (artículo 550, tercer párrafo), y del *Códice Penale* italiano (artículo 339 bis).

II. LA FIGURA PENAL

El esquema peruano es un caso específico y agravado de coacción-atentado ejercido sobre funcionarios públicos investidos de un nivel alto de autoridad (de acceso democrático al poder) y que tienen un significado especial para un régimen democrático y constitucional. El tipo penal reformado por Ley N° 29519 ha actualidado la redacción del tipo penal, el cual había quedado impracticable en parte, en cuanto los sujetos funcionales agraviados (senadores, diputados) sobre los cuales el autor del delito cometía la coacción dejaron de existir formalmente, luego de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993. Dicha reforma ha entronizado en el tipo penal al mandatario, los congresistas, gobernantes regionales y alcaldes, en tanto funcionarios-autoridad protegidos en el marco del ejercicio de sus funciones.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es objeto de la tutela penal garantizar el normal desarrollo de la Administración Pública en sus niveles democráticos de deliberación y decisión. Específicamente se busca proteger la libertad de acción y decisión en el ejercicio de las funciones de dichos específicos sujetos públicos, así como el respeto debido a los mismos.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Cualquiera puede ser sujeto activo, incluso un funcionario público o servidor, en este segundo supuesto, el ilícito es castigado además con pena de inhabilitación. Esta modalidad de atentado coacción específico se constituye en un delito especial impropio bastante particular, pues no ha merecido incremento de pena privativa de libertad .

Es sujeto pasivo el Estado. Se consideran sujetos agraviados los funcionarios señalados en el tipo penal: mandatario, congresistas, alcaldes y regidores.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Verbo rector: "impedir" asumir o ejercer funciones. Se forma así un plexo típico que da cuenta del delito.

El delito está compuesto por una sola modalidad típica, cuyo verbo rector es impedir.

El comportamiento típico puede ser cometido por acción u omisión.

Impedir el ejercicio de las funciones de los indicados funcionarios implica hacer imposible el inicio de sus actividades regulares definidas por ley y sus reglamentos, o hacer no viable la continuidad de dicho ejercicio de funciones a través de actos de boicot, entorpecimientos, etc., que ocasionen impedimento(657).

El tipo penal emplea los términos violencia o intimidación como medios para la comisión típica de la coacción ejercida, los que se constituyen en acciones instrumentales para realizar el comportamiento típico(658). En el caso de producirse el impedimento sin uso de violencia o intimidación, se trataría de un vacío legal no regulado penalmente, configurando un supuesto de atipicidad.

La norma penal ha creado un tipo de impedimento especial circunscrito a los funcionarios de las esferas públicas aludidas que resulten elegidos en un proceso electoral, no en atención a sus individualidades, excluyendo las designaciones o nombramientos, lo que haría impracticable la figura en el caso del mandatario que ocupa el cargo por designación del Congreso ante la vacancia o muerte del mandatario. El impedimento va dirigido a cualquier momento del tracto sucesivo en la vida funcional de dichas autoridades: el juramento, la asunción o el ejercicio, con lo que la conducta típica se ha ampliado con relación a la redacción anterior, que criminalizaba únicamente el impedimento del ejercicio propio de los cargos de dichos sujetos públicos.

El cierre de puertas injustificado del local atribuible a particulares, servidores públicos o funcionarios; el corte de luz dolosamente practicado; el ingreso de una multitud que impide la continuidad, etc., son casos que ilustran esta figura delictiva, incluso de ser efectuados violentamente.

(657) Al respecto, véase la ejecutoria suprema de 9 de julio de 1998, Exp. N° 290-98-Cono Norte, Sala C (violación del fuero municipal de Comas).

(658) Véase Portocarrero Hidalgo, quien efectúa una interpretación extensiva para indicar que el delito igual se consuma con violencia o sin ella (*Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 68). Interpretación, por cierto, que considero errónea.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El agente actúa con voluntad y con conocimiento de la calidad de los sujetos colectivos. El comportamiento típico es impedir la juramentación, la asunción o el ejercicio de funciones, lo que se puede realizar con dolo eventual o directo. Cabe el error de tipo invencible.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de resultado, es decir, requiere para su consumación que se haya producido el impedimento de cualquiera de los actos normativos señalados en el tipo vinculados con dichos altos funcionarios públicos-autoridad. Que el impedimento sea temporal o permanente no es relevante, igual se consuma el delito. Resulta perfectamente admisible la tentativa y el desistimiento.

VIII. PENALIDAD

La pena establecida para el particular es privativa de libertad de 2 a 4 años.

La pena establecida para el funcionario o servidor público es de naturaleza conjunta: privación de la libertad de 2 a 4 años más inhabilitación de 1 a 3 años que comprende: **a)** privación de función, cargo o comisión ejercido por el condenado, aunque provenga de elección popular; **b)** incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; y **c)** privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones.

IX. CONCURSO DE DELITOS

- Con el artículo 375, si se causa desorden en los recintos de los entes públicos señalados en él.
- Puede igualmente existir concurso con delito de daños, lesiones, homicidio.

X. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Puerto Rico (1975)

«Código Penal de Puerto Rico (1975), artículo 251: *Toda persona que valiéndose de intimidación, violencia o fraude impidiere el reunirse a la*

Asamblea Legislativa, o a cualquiera de las cámaras que la componen, o a cualquiera de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión por un término de tres años. De mediar circunstancias agravantes, la pena establecida podrá ser aumentada hasta un máximo de 5 años; de mediar circunstancias atenuantes, podrá ser reducida hasta un máximo de dos años».

2. España (1995)

«Código Penal de España (1995), artículo 551.3: *No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra los que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno, de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales, del Consejo General del Poder Judicial, Magistrado del Tribunal Constitucional, juez, magistrado o miembro del Ministerio Público, se impondrá la pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses».*

7

VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS OFICIALES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Acción típica: destruir o arrancar. 2. Objeto de la acción ilícita: envoltura, sellos y marcas. 3. Relación funcional: conservación o identificación de objetos por la autoridad. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. **X.** Participación. **XI.** Concurso de delitos. **XII.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Italia (1930). 3. Argentina (1922). 4. México (1931). 5. Portugal (1982). 6. Austria (1973). 7. España (1973).

Artículo 370: *«El que destruye o arranca envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente nacional directo se halla en el artículo 325 del Código Penal de 1924, del cual el actual tipo penal 370 es una transcripción: *«El que destruyera o arrancare envolturas, sellos o marcas puestos por la autoridad para conservar o identificar un objeto, será reprimido con la multa de la renta de tres a treinta días».*

Las fuentes extranjeras se remiten directamente al artículo 201 del Código Penal italiano de 1889, que definió técnicamente la figura penal[659], los artículos 254 del Código Penal argentino y 398 del Código Penal portugués de 1982. Nuestro Código se diferencia de la legislación española de 1973,

(659) Véase "Legislación extranjera".

que solo castigaba al funcionario público y ubica el tipo como variedad de delito de infidelidad en la custodia de documentos (artículo 365)[660].

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Para otras legislaciones penales, la figura penal en estudio es considerada como una forma de ultraje al Estado (Italia, 1930), acción punible contra el poder del Estado (Austria) u ocupa un *nomen iuris* propio de delito contra la autoridad (México: quebrantamiento de sellos; Portugal: violación de disposiciones públicas).

En el Derecho comparado existe una gran diversidad de verbos rectores para definir el comportamiento antijurídico: remover, romper, dejar ilegible (Italia), violar (Argentina), abrir, romper o inutilizar (Portugal).

El Código peruano ha escogido los verbos *destruir* o *arrancar*, aplicados sobre sellos o marcas, para expresar la certificación pública de objetos que debe merecer la debida observancia y respeto tanto de la sociedad civil como de la misma Administración Pública. El tipo penal, más que proteger, busca simbolizar, poner de manifiesto la voluntad estatal. Se distingue así del modelo argentino, que emplea la frase "el que violare lo sellos puestos por la autoridad", limitando el objeto de protección a los sellos.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto específico de la tutela penal consiste en garantizar la eficacia de uno de los actos funcionales de la Administración Pública: el poder de certificación oficial de objetos, a la vez que busca asegurar el respeto debido a la voluntad de la Administración Pública en su función de fijación de distintivos oficiales sobre las cosas.

IV. SUJETO ACTIVO

Cualquiera, un particular (el involucrado o un tercero), militar, servidor o funcionario público. El hecho es realizable por autoría directa, también por autoría mediata.

(660) El Código español de 1995, a través de su artículo 414, castiga también al particular que destruye o inutiliza los documentos custodiados.

V. SUJETO PASIVO

El Estado.

La entidad pública agraviada directamente.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *destruir* y *arrancar.*

La acción típica de destruir o arrancar sellos o marcas oficiales obviamente expresa el desprecio del autor para con la disposición estatal. Es requisito de tipicidad que dichos distintivos hayan sido previamente colocados por autoridad o funcionario público, sería atipíca la figura si los sellos o marcas han sido colocados por particular. Asimismo, es determinante que hayan sido colocados con la finalidad de fijar, delimitar y conservar objetos, en tanto manifestación de la voluntad estatal.

Los componentes materiales del delito son tres: **a)** acción de destruir o arrancar; **b)** objeto de la acción ilícita: envolturas, sellos o marcas; y **c)** relación funcional: conservación e identificación de objetos por la autoridad. Cada verbo rector posibilita una modalidad autónoma de delito.

1. Acción típica: destruir o arrancar

Destruir y *arrancar* son verbos de acción directa que expresan el comportamiento que quebranta la voluntad estatal que ha delimitado cosas mediante determinados distintivos para conservarlos o identificarlos.

Solo se puede destruir o arrancar lo que está colocado o puesto sobre el objeto, por lo que para que se den los actos ejecutivos materiales señalados, en su relevancia penal, debe preexistir una situación de hecho: la colocación por orden oficial (pública) de envolturas, sellos o marcas sobre objetos determinados.

Destruir es tornar inservible el distintivo, inhabilitarlo de modo total para el fin que cumplía. Es arruinar, destrozar sellos, marcas, sin extraerlos del todo del objeto con notoria inutilización. Ensuciar, colocar un sello distinto encima o borrar la marca se asimilan a la noción del verbo activo *«destruir»*, si con ello se lo anula como distintivo.

Arrancar es sacar, quitar el distintivo del objeto, de modo tal que este pierda su característica de identificación o conservación oficial. La acción de arrancar concuerda con la naturaleza de las envolturas o distintivos adheridos al objeto.

No es acción típica de destruir o arrancar el rasgar o abrir la envoltura, o escribir sobre ella (de forma que no anule su función de conservación o distintiva), mancharla parcialmente, colocar un afiche encima, etc. Aquí se produce un matiz importante de diferencia en la tipicidad del hecho con el verbo rector declinado "violare" del tipo penal argentino 254, de conformidad con el cual el acto de abrir o remover los cintos de seguridad es ya conducta típica de violación material. Así, Gustavo Aboso expresa esta lectura cuando dice: "La acción rectora exige que el autor haya violentado dichos sellos frustrando así su colocación, por ejemplo, abriendo la caja, el sobre, la bolsa sellada, es decir, contrariando la voluntad de la Administración Pública de que dichos elementos, objetos o bienes permanezcan en las condiciones bajo las cuales la autoridad pública decidió asegurar su inviolabilidad"[661]. El problema con la redacción nacional que emplea, en el tipo legal 370 del Código Penal, las palabras "destruir" y "arrancar" es que su específica literalidad no resulta suficientemente idónea para dar cuenta de comportamientos tales como abrir, despegar, remover, no obstante que ello suponga un violentamiento de la voluntad estatal en la conservación o integridad de la cosa u objeto. La posibilidad de efectuar interpretación extensiva puede estar lindante con la analogía *in malam partem*, por lo que es de considerar que mejor, dependiendo del dolo con que actúe el agente, tales actos pueden quedar en fase de tentativa. Solo una interpretación en perspectiva de los fines de la norma penal, esto es, que rebasan sus limitaciones literales, podría ser utilizada para buscar un sentido que rebasa su significado, lo cual, sin embargo, se torna discutible en una lectura de *ultima ratio*.

La acción típica resulta imputable a quien con dolo destruya o arranque, pudiendo ser sujeto activo del delito el directamente involucrado con la medida o una tercera persona interesada en manifestar su desprecio al acto estatal implícito en el distintivo puesto sobre el objeto. El funcionario que delinque en esta figura penal puede actuar en abuso de su función o al margen de ella.

2. Objeto de la acción ilícita: envoltura, sellos y marcas

El legislador peruano ha pretendido comprender los distintivos oficiales no en su sentido exclusivamente literal, sino en una acepción amplia en cuanto supongan voluntad estatal de fijación, conservación y delimitación, en torno a estos tres sustantivos: envolturas, sellos y marcas. Otras

(661) Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., p. 372.

legislaciones penales emplean el término único de «sellos» (Argentina), «escritos o diseños» (Italia) o solo «marcas y sellos» (Portugal).

- *Envolturas.* Es todo distintivo de material diverso (papel, tela, plástico, etc.) que es adherido al objeto cumpliendo función protectora.
- *Sello.* Es un signo o símbolo oficial estampado o fijado sobre el objeto y que expresa la voluntad estatal. El contenido del signo distintivo de naturaleza estatal puede ser variado (un emblema o gráfico, dibujos simbólicos, iniciales, palabras, etc.). El sello o la marca pueden ir sobre el objeto mismo o sobre sus envolturas oficiales o convencionales.
- *Marca.* Es un distintivo genérico, es decir, la señal de cualquier índole que permita identificar el objeto (una inicial, siglas, picaduras, cortes, adhesiones, etc.).

Las envolturas, sellos y marcas simbolizan la voluntad estatal de distinguir o conservar.

Las cosas u objetos que sirven de receptáculo del distintivo quedan a discreción de la autoridad estatal, y son de múltiple naturaleza: muebles o inmuebles, mercancía, cuerpos del delito, locales comerciales, objetos requisados, cosas secuestradas (instrumentos de trabajo, electrodomésticos, etc.), documentos, libros, objetos en remate, animales, etc. El lugar o espacio de fijación es igualmente indiferente con tal de que cumpla su función de identificación-conservación.

3. Relación funcional: conservación o identificación de objetos por la autoridad

Los distintivos típicos tienen que llevar una representación estatal, un simbolismo determinado, de lo cual y con lo cual el Estado quiere dejar expresa certificación exponiéndolo ante el público, o conservando los objetos para fines ulteriores y diversos.

Los distintivos deben ser colocados por autoridad o por orden de ella, en manifestación de un acto de su competencia reglada, o ya sea que obedezca dicho acto a una facultad discrecional en concordancia con sus funciones.

Si los distintivos no expresan el acto de voluntad estatal consistente en garantizar o asegurar la identificación o conservación de la cosa u objeto, es decir, si son adheridos o fijados para otros fines, la acción de destruirlos o arrancarlos no asumirá relevancia delictiva (por ejemplo, distintivos puestos con fines estéticos, de colección, para acreditar un pago, etc.).

Tampoco los distintivos colocados bajo arbitrariedad o incompetencia del funcionario ameritan otorgarles carácter delictivo a los actos señalados.

Identificar un objeto es reconocerlo de otros similares o parecidos. Conservar es colocarlo en situación de cuidado y observancia de modo de mantenerlo en buen estado para los propósitos de ley.

La relación funcional de los distintivos puestos radica así en la conservación o identificación estatal de dicho objeto, lo que le hace merecedor de respeto y de la debida observancia. Esta conservación o identificación fija en el tiempo y ubica en el espacio la cosa, objeto de interés estatal.

En la jurisprudencia argentina(662) se ha establecido que: "No es relevante que el autor rompa o no el sello, como símbolo exterior, tampoco que lo quite sin romper. Lo importante es que con su accionar impida, transitoria o definitivamente, que el sello cumpla con la función para la cual fue colocado; que sea evadida la protección especial que representan esos símbolos de la Administración para segurar la conservación o integridad de la cosa que se pretende proteger" (CNCC, Sala I, c. 29.939, Navarro, de 22/06/2006). "No comete este delito la persona que ingresó al comercio clausurado por una ventana que no había sido fajada (CNCC, Sala III, c. 28550, Vergara Escudero, de 07/05/1991). "Comete este delito de violación de sellos el titular de comercio que reinició sus actividades vedadas por la clausura impuesta por la autoridad competente" (CNCC, Sala V, c. 27.642, N. N. de 21/06/1991). "Si no puede acreditarse que los intervininetes hayan realizado de manera conjunta la acción de violar sellos y su participación en el hecho consistió en el ingreso al comercio clausurado de manera posterior a la violación de los sellos, no existe delito imputable" (CNCC, Sala IV, c. 26400, de 29/04/2005).

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso. El dolo supone voluntad de violar la voluntad estatal del distintivo y conocimiento del simbolismo oficial del mismo. Por lo cual, actos de destrucción o arrancamiento culposos harán atípica la figura(663).

Nuestro Código Penal no castiga la acción típica culposa (negligencia, imprudencia, impericia).

(662) Al respecto, Aboso, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, cit., pp. 1374-1375.

(663) Manzini plantea que este tipo de delito supone un desprecio a la autoridad en sentido amplio, no referido necesariamente a la que ordenó el acto, lo que implica dolo directo en los actos del sujeto activo (*Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 9, Vol. IV, p. 245).

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se trata de un delito de acción y de peligro concreto para la Administración Pública, de carácter instantáneo, que se consuma cuando se destruye o arranca las envolturas, sellos o marcas oficiales. Es decir, requiere resultados materiales concretos, sin mayores propósitos o finalidades.

Admite tentativa si la acción no completa el significado encerrado en los verbos rectores, así como el desistimiento voluntario.

IX. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad

No será delito el deteriorar, rayar, manchar, rasgar las envolturas, sellos o marcas. En el caso de probarse intento doloso, constituirán tales actos tentativa o actos preparatorios, estos últimos impunes. Dolo que implica el desprecio por parte del sujeto activo al simbolismo estatal.

Serán igualmente atípicos los arrancamientos o destrucciones culposas o por actos de ligereza(664), pues el delito es esencialmente doloso. Esta es una diferencia con el modelo penal argentino, que castiga este delito cuando se comete culposamente por imprudencia o negligencia.

Incluso no será típico el actuar con dolo si los distintivos han sido colocados arbitrariamente (sin razón pública legal o judicial que legitime la actitud del funcionario) o por funcionario incompetente, pues faltará en este caso un elemento objetivo de carácter normativo.

2. Causas de justificación

Destruir o inutilizar envolturas, marcas o sellos por orden de autoridad.

X. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de participación: complicidad e instigación.

El autor del delito puede valerse de instrumentos (autoría mediata) o actuar en coautoría.

(664) Nuestro Código Penal no castiga el arrancamiento o destrucción culposa, que sí lo hace, por ejemplo, el Código Penal argentino en su artículo 254-A. Tampoco ha criminalizado el acto a título de faltas, como sí lo han hecho otras legislaciones (por ejemplo, el artículo 664 del Código Penal italiano vigente, que castiga con pena de multa).

XI. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de abuso de autoridad (artículo 376).
- Con el delito de hurto (artículo 186) si sustrae el objeto.
- Con el delito de falsificación de sellos y marcas oficiales (artículo 435).

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 201: *El que rompa o viole de cualquier modo los sellos, puestos por disposición legal o por orden de la autoridad, a fin de asegurar la conservación o la identidad de una cosa, incurrirá en la pena de 3 meses a 2 años de reclusión y multa.*

Si el culpable fuere el funcionario público que ha ordenado o ejecutado el cierre o tiene en custodia o en depósito la cosa cerrada, la reclusión será de 30 meses a 5 años y multa.

Si el delito se hubiere cometido por descuido o imprudencia del funcionario público o del guardador, será este castigado con multa».

2. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 345: *Quien por desprecio hacia la autoridad, saca, rompe o de otro modo hace ilegible o inservible escritos o diseños fijados o expuestos al público por orden de la autoridad, será castigado con multa de hasta un millón de liras».*

3. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 254: *Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que violare los sellos puestos por la autoridad para asegurar la conservación o la identidad de una cosa.*

Si el culpable fuere funcionario público y hubiere cometido el hecho con abuso de su cargo, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.

Si el hecho se hubiere cometido por imprudencia o negligencia del funcionario público, la pena será de multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos».

4. México (1931)

«Código Penal de México (1931), artículo 187: *Al que quebrantare los sellos puestos por orden de la autoridad pública se le aplicará de 3 meses a 3 años de prisión o de 30 a 90 días multa. En caso de reincidencia se impondrá siempre pena privativa de libertad*».

5. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 398: *Quien abriere, rompiere o inutilizare total o parcialmente, marcas o sellos puestos legítimamente por funcionario competente, para identificar, mantener inviolable cualquier cosa o para certificar que sobre esta recayó alguna de las providencias indicadas en el artículo anterior, será penado con prisión de hasta 2 años o multa de hasta 100 días*».

6. Austria (1973)

«Código Penal de Austria (1973), artículo 272:

1. *Será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 300 tarifas diarias, el que dañe o quite un sello colocado por un funcionario en el ejercicio de sus funciones para cerrar, incautarse de una cosa o marcarla, y el que haga ineficaz en todo o en parte la incautación producida.*
2. *Se aplicará en su caso lo dispuesto en el § 269, apartado 4.*
3. *No se impondrá la pena prevista en el apartado 1, al que voluntariamente y antes de que la autoridad tenga conocimiento hace que la cosa se recupere sin daños esenciales para los fines de la incautación o embargo*».

7. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 365: *El funcionario que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento, será castigado con las penas de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 100,000 a 500,000 pesetas*».

8

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PROCESALES

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio. 2. Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio. **VII.** La legalidad del requerimiento. **VIII.** Elemento subjetivo. **IX.** Consumación y tentativa. **X.** Penalidad. **XI.** Participación. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Legislación extranjera: 1. Francia (1810). 2. Italia (1889). 3. Alemania (1871). 4. Argentina (1922).

Artículo 371: «*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».

I. ANTECEDENTES LEGALES

La fuente nacional directa es el artículo 326 del Código Penal de 1924, que contiene idéntica redacción (con la acostumbrada diferencia del empleo del verbo en tiempo futuro y la penalidad menor)[665].

(665) Código Penal de 1924, artículo 326: *"El testigo, perito, traductor o intérprete que legalmente requerido por la autoridad se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración, informe o servicios respectivos, será reprimido con prisión no mayor de 3 meses o multa de la renta de 3 a 30 días.*
El perito, traductor o intérprete, sufrirán, además, inhabilitación conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por tiempo igual al de la condena".

A nivel de legislación extranjera, el artículo 243 del Código Penal argentino es el modelo básico que fue utilizado para la redacción del tipo penal peruano.

Otras legislaciones penales como la francesa e italiana (en parte la alemana) tienen también un apreciable nivel de influencia(666), pero la técnica de redacción deriva del modelo argentino, que no establece ninguna condición o razón legal de punición (expresa, notoriamente falsa, falso pretexto, excusa falsa), que sí contienen los tipos legales de las citadas legislaciones europeas.

II. LA FIGURA PENAL

Estamos ante un tipo penal de autores bien delimitados, quienes dolosamente omiten con cumplir un deber para con la Administración Pública. El tipo es de un espectro amplio en cuanto al sujeto pasivo, pues no se reduce al solo ámbito jurisdiccional, abarca también el administrativo y legislativo incluso.

La figura penal es un caso específico (en referencia a los autores y al hecho material) de desobediencia a la autoridad del funcionario público (artículo 368), de la que se diferencia por el no empleo de la palabra *«orden»*. Otras legislaciones como la italiana de 1889 circunscribían la comparecencia al ámbito judicial.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Objeto de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de los procesos de la Administración Pública, no solo de la justicia jurisdiccional, en sentido amplio, que se verían afectados en su viabilidad al no poder concretarse los aportes de los sujetos mencionados en el tipo penal, lo que obstaculizaría o en algunos casos paralizaría las investigaciones y procesamientos.

IV. SUJETO ACTIVO

Exclusivamente, el testigo, perito, traductor o intérprete no oficiales.

- *Testigo:* es quien teniendo conocimiento de hechos es llamado o requerido a declarar en un proceso, pudiendo ser un particular (mayor o menor de edad) o un sujeto especial por el cargo público o militar.

(666) Ver *infra* "Legislación extranjera".

- *Perito:* es el que posee conocimientos técnicos o especiales de naturaleza diversa, y quien es convocado para dictaminar o ratificarse en su dictamen.
- *Intérprete: es la persona que sirve de intermediario* para entender lo dicho por quien habla un idioma distinto al oficial y con el que se desarrolla el proceso.
- *Traductor:* es el especialista que convierte al idioma oficial lo que está escrito en idioma o dialecto distinto (extranjero o nacional).

V. SUJETO PASIVO

La Administración Pública en general.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El delito, como indica Carlos CREUS, «es un delito de omisión, ya que con él se viola un mandato que impone una determinada conducta, no realizándola»(667).

El verbo rector es *abstenerse de.*

La figura penal está compuesta por dos tipos: **a)** el abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio; y **b)** el abstenerse de prestar declaración, informe o servicio.

El comportamiento típico de evidente naturaleza omisiva asume dos formas o modalidades delictivas.

1. Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio

1. *El abstenerse de comparecer.* El testigo, perito traductor o intérprete desobedece la intimación (notificación con carácter de cumplimiento obligatorio) hecha legalmente de comparecer, es decir, de presentarse ante el funcionario que le ha requerido en el lugar, día y hora señalados. El órgano requiriente está entendido en sentido amplio, para comprender al órgano jurisdiccional, las comisiones investigadoras del Congreso, el Ministerio Público, y otras entidades públicas en las cuales son de importancia los aportes de los sujetos designados en el tipo penal.

(667) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 237.

Dicho comportamiento constituye una omisión simple (llamada también omisión propia) que infringe el mandato contenido en el requerimiento.

El momento típico generalmente se sujeta a lo dispuesto en los respectivos ordenamientos procesales o procedimientos que, por lo general, requieren, luego de citaciones regulares, bajo apercibimiento en caso extremo de efectuar la denuncia penal.

2. Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio

El comportamiento típico está precedido aquí de una acción: el comparecer físicamente ante la presencia del funcionario. La omisión delictiva se presenta al negarse el sujeto activo (testigo, perito, traductor o intérprete) a dar su declaración (en el caso del testigo), brindar su informe (en el caso del perito) o prestar su servicio (en el caso del traductor o intérprete). 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(668).

El efecto de desobediencia es el mismo: el entorpecimiento de la labor procesal administrativa o jurisdiccional y la no colaboración o auxilio con la labor funcional, el proceso y la verdad.

VII. LA LEGALIDAD DEL REQUERIMIENTO

El requerimiento, es decir, la orden dirigida al testigo, perito traductor o intérprete, debe haber sido dado en observancia estricta de la competencia del funcionario (de no darse este requisito, la negativa a concurrir o cumplir deviene atípica), así como haberse cumplido lo determinado en las reglas o procedimientos sobre notificaciones y apercibimientos. El error en el nombre o apellidos, o la dirección incorrecta vician el requerimiento, lo cual genera atipicidad del comportamiento.

Finalmente, como condición que igualmente puede restarle tipicidad al hecho, debe existir obligación o deber de comparecer y cumplir con la declaración, informe o servicio. Sobre este último requisito, las leyes procesales han establecido algunas limitaciones al poder del Estado en su facultad de requerir el cumplimiento de la concurrencia física o a declarar.

(668) En ambas situaciones igualmente se habrá consumado el delito.

En el ámbito de la jurisdicción penal están contempladas legalmente las siguientes limitaciones al deber de concurrir o declarar:

Código Procesal Penal, artículo 165: «Abstención para rendir testimonio:

1. Podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

2. Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la ley deban guardar secreto profesional o de Estado:

   a) Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.

   b) Los funcionarios y servidores públicos, si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al ministro del sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la ley de la materia.

3. Si la información requerida al testigo no se encuentra incursa en las excepciones previstas en la ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el juez, de oficio o a solicitud de

parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.

Código de Procedimientos Penales, artículo 141: *«No podrán, ser obligados a declarar:*

1. *Los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices respecto de secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión.*

2. *El cónyuge del inculpado, sus ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas políticos.*

Las personas comprendidas en estos incisos serán advertidas del derecho que les asiste para rehusar la declaración, en todo o en parte»[669].

El inciso 1 del artículo 141 del Código de Procedimientos Penales y 161.2 del Código Procesal Penal contienen el llamado secreto profesional del que están facultados determinados profesionales.

El delito en estudio, por lo general, observa cierto trato contemplativo y aplicación restrictiva por parte de los funcionarios judiciales, ya que efectivizar la acción penal por dicha omisión generaría que, como recuerda FONTÁN BALESTRA, serían pocos los testigos sin condena[670].

VIII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, las irregularidades administrativas se sustancian en sus vías respectivas. El dolo implica el conocimiento del requerimiento oficial y la voluntad de abstenerse de concurrir o cumplir el deber si se ha concurrido ante el funcionario.

El error de tipo invencible excluye la tipicidad del delito.

IX. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Este delito especial por la calidad del sujeto activo es de desobediencia específica por omisión propia. El delito se consuma, sin requerir resultado,

(669) Léase además los artículos 147, 148, 149, 150 y 151, que regulan circunstancias específicas para la declaración de sujetos especiales (enfermos, funcionarios de alto nivel, diplomáticos, residentes en otras provisiones, etc.).

(670) FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, p. 195.

con la no concurrencia de los sujetos pasivos; o, si concurren (segundo supuesto), al negarse a declarar, informar o prestar el servicio indicado.

La tentativa en el delito de omisión propia (o de simple desobediencia) es controvertible(671).

El desistimiento voluntario de persistir en la omisión, después de haberse consumado el delito, no surte efectos legales de excluir la responsabilidad penal.

X. PENALIDAD

Penalidad alternativa para los sujetos activos de delito: privación de libertad de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de veinte a treinta jornadas.

Penalidad complementaria de inhabilitación de carácter obligatorio para el perito, traductor o intérprete. Cada una de las penas aplicadas alternativamente al sujeto activo a excepción del testigo llevarán además anexada la inhabilitación de seis meses a dos años con: **a)** privación de función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; **b)** incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; y **c)** incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria.

Ya hemos dado posición de tajante rechazo a este tipo de inhabilitaciones anulatorias de la personalidad social del condenado, pues colisionan con los principios tutelares del Derecho Penal peruano(672).

XI. PARTICIPACIÓN

La modalidad usual de participación es la instigación a la omisión al requerimiento.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de falso testimonio (artículo 409).
- El delito 371, por principio de especialidad, no puede concursar con el delito 368.

(671) Al respecto, ver Rojas Vargas: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, cit., p. 282 y ss.

(672) Véase *supra*, pp. 200 y 212.

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Francia (1810)

«Código Penal de Francia (1810), artículo 236: *Los testigos y miembros del jurado que hubiesen alegado una excusa notoriamente falsa, serán condenados por la no comparecencia, a una prisión de 6 días a 2 meses, además de las multas contra ellos pronunciados por la misma causa*».

2. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 210: *El que llamado por la autoridad judicial como testigo, perito o intérprete, no comparezca alegando para ello un falso pretexto, o habiéndose presentado, se niegue a declarar o a servir de perito o intérprete, incurrirá en la pena de reclusión hasta seis meses o de multa.*

Esta disposición se aplicará también a los jurados, cuando alegando una circunstancia falsa eludan el cumplimiento del deber.

Si se tratase de un perito, la condena llevará consigo la suspensión en el ejercicio de la profesión o arte durante un tiempo igual al de la prisión».

3. Alemania (1871)

«Código Penal de Alemania (1871), artículo 138: *Todo el que, citado como testigo, jurado o escabino, alegare una excusa falsa, será castigado con la pena de prisión de dos meses a lo sumo, sin perjuicio de las demás penas dictadas en caso de no comparecencia.*

Esta disposición será también aplicable al perito llamado para un servicio legalmente obligatorio».

Nota. Actualmente, este tipo penal regula una serie de supuestos del delito de omisión de denuncia (*Nichtanzeige geplanter Straftaten*) en casos de alta traición.

4. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 243: *Será reprimido con prisión de 15 días a 1 mes, el que siendo legalmente citado como testigo, perito o intérprete se abstuviere de comparecer o de prestar la declaración o exposición respectiva. En el caso del perito o intérprete se impondrá además, al reo, inhabilitación especial de 1 mes a 1 año*».

9

VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal y el Derecho comparado. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. Las acciones típicas: sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar. 2. El objeto de la acción ilícita. 3. La existencia de un proceso. 4. La custodia oficial. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Penalidad. **X.** Fases negativas del delito: 1. Atipicidad. 2. Causas de justificación. 3. Causa de exculpación. **XI.** Violación culposa de medios de prueba. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Legislación extranjera: 1. Italia (1889). 2. Argentina (1922). 3. Portugal (1982). 4. Austria (1973). 5. Panamá (1982).

Artículo 372: *«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 o cuarenta jornadas».

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente legal nacional directo es el artículo 327 del Código Penal de 1924[673].

(673) Código Penal de 1924, artículo 327: *"El que substrajera, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público, sufrirá prisión no mayor de cuatro años y multa de la renta de tres a treinta días. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por doble tiempo de la condena.*
La pena será simplemente de multa, si el delincuente hubiere obrado por negligencia".

El modelo extranjero del cual fuera copiado íntegramente a través del Código de 1924 es el artículo 255 del Código Penal argentino. El legislador de 1991 alteró el orden de algunos componentes típicos, pero mantuvo en lo esencial el modelo argentino, aunque sin incluir la inhabilitación para el caso de que el autor fuera el mismo custodio.

II. LA FIGURA PENAL Y EL DERECHO COMPARADO

Igual como ocurre con el tipo penal anterior, aquí el contexto de amplitud típica de la figura penal comprende tanto el ámbito judicial como el administrativo. Dada la importancia del objeto de la acción ilícita, se ha otorgado relevancia penal (es decir, se ha criminalizado y sancionado penalmente) a las acciones culposas de destrucción o inutilización, siguiendo el susodicho modelo argentino. Tal extensión de tipicidad penal está también contemplada en otras legislaciones penales(674), las que, como la italiana (artículo 335) y la portuguesa (artículo 396-3), atenúan la pena cuando no resultare perjuicio para el Estado o el perjuicio fuere de pequeña gravedad.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto específico de la tutela penal se orienta a proteger la naturaleza pública oficial de la custodia de bienes muebles a ser utilizados como prueba. Por lo mismo, el bien jurídico genérico es el correcto desarrollo de la Administración Pública. Se ha debatido a nivel doctrinario el carácter pluriofensivo del delito en cuanto indirectamente se tutelaría igualmente el patrimonio del propietario de los bienes. No obstante tal opinión, en la presente figura la tutela penal no está dada en función de intereses privados.

IV. SUJETO ACTIVO

Cualquier persona, un particular (el propietario o cualquier otro), un funcionario o un servidor público. La figura prevé también el caso de que el autor del delito sea el propio custodio de los bienes (funcionario o un tercero).

El hecho puede ser cometido en autoría simple o coautoría. Cabe también la figura de la autoría mediata y la determinación a delinquir.

(674) Ver "Legislación extranjera".

V. SUJETO PASIVO

- El Estado.
- Específicamente, los entes administrativos o judiciales que sustancian procesos.

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los verbos rectores son: *sustraer*, *ocultar*, *cambiar*, *destruir* o *inutilizar*.

El tipo penal contiene cinco modalidades comisivas de delito, todas referidas a cosas que se hallan secuestradas y dejadas en custodia oficial y destinadas a aportar medios de prueba en un proceso.

Los componentes materiales y objetivo-formales del tipo penal son cuatro: **a)** la acción típica; **b)** el objeto de la acción ilícita; **c)** existencia de un proceso; y **d)** la custodia oficial.

1. Las acciones típicas: sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar(675)

Las acciones típicas contempladas por la norma penal peruana son fundamentalmente conductas de acción, pudiéndose cometer por omisión, sobre todo las modalidades por ocultamiento y destrucción. Sin embargo, todas suponen contacto físico directo o indirecto con las cosas objeto de protección oficial y evidencian la forma como se materializa el delito. Por principio de legalidad, solo dichas modalidades, que quebrantan el vínculo de custodia oficial, son las que tipifican el delito(676).

- *Sustraer* es retirar, sacar, quitar la cosa del lugar donde se halla, de forma tal que se la aleje de la esfera de custodia oficial a la que está sometida. El tipo no requiere necesariamente que el sujeto activo se apodere o disponga del bien, basta la simple sustracción (la *amotio*).

(675) Ejecutoria superior de 19 marzo de 1999, Exp. N° 5814-98: el delito contra la Administración Pública previsto en el artículo 372 del Código Penal se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos que obran en poder de persona distinta al agente (en ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 772).

(676) Al respecto, véase PAGLIARO, Antonio: *Principi di Diritto Penale parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 320; NEPPI, MODONA, Guido: "Interpretazione letterale e interpretazione teleologica a propósito della sottrazione di cose pignorate", en *Rivista Italiana di Diritto*, 1968, Roma, p. 519 y ss.

La sustracción de la cosa tiene que ser dolosa, es decir, existir en el agente la voluntad de sustraer rompiendo el vínculo de custodia. Esto tanto en función del particular o funcionario como del custodio.

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. El sustraer los frutos de la cosa, según amerite el caso, es igualmente típico de la figura en estudio(677).

- *Ocultar* es esconder la cosa (objetos, registros o documentos) de la vigilancia del custodio. A diferencia de la acción de sustracción, aquí la cosa puede no ser removida del lugar físico donde se hallaba, esto es, el agente la coloca en el mismo ámbito de influencia en situación que no pueda ser vista o encontrada por el custodio. También es posible que sea dicho custodio quien oculte la cosa para no entregarla al serle solicitada por la autoridad.

- *Cambiar.* La acción de cambiar es la de sustituir el objeto, registro o documento por otro similar de igual, menor o mayor valor, sobre los cuales (o sobre el cual) no existe la vinculación jurídica de custodia, careciendo, asimismo, del fin típico de servir como medio de prueba o para probar algo. Cambiar también admite el significado de la alteración esencial de la naturaleza del objeto, registro o documento.

  Resulta notorio en este caso el dolo específico con el que actúa el autor del delito, al no solo quebrar un real vínculo de custodia, sino de burlar u ofender los fines propuestos con dicha custodia.

- *Destruir o inutilizar*(678). Ambas acciones típicas aluden a la idea de anulación o cancelación definitiva del poder de prueba de la cosa. *Destruir* es aniquilar, deshacer la cosa (quemarla, disolverla con medios químicos, triturarla, hacerla añicos, borrarla electrónicamente, etc.). *Inutilizar* es privarle al objeto, archivo o documento de sus cualidades probatorias, es hacerle inviable o inidóneo para el fin que motivó su custodia oficial (raspar la serie de un motor, pulir las fibras estriadas del cañón del revolver, alterar las facturas,

(677) MANZINI: *Tratado de Derecho Penal,* cit., T. 9, Vol. IV, p. 70.
(678) Véase *supra*, p. 609.

títulos, etc.), pero conservando la consistencia material del objeto, registro o documento.

El contenido de los verbos *sustraer, ocultar* o *cambiar* tienen equivalencia en cuanto no implican lesión o daño material de la cosa, a diferencia de la *destrucción* e *inutilización*. No obstante, todas las referidas acciones hacen impracticable el fin probatorio de las cosas e implican un claro atentado a la Administración Pública.

2. El objeto de la acción ilícita

La figura penal peruana hace gala de una técnica legislativa de estilo complejo, ya que utiliza, por un lado, un término genérico: objetos; y, por otro lado, hace uso de dos vocablos de menor generalidad: archivos y documentos.

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»* es de lo más genérico y que sin problemas de semántica jurídica pudo haber comprendido los registros y documentos. Pese a ello, el legislador peruano, siguiendo el ejemplo de la técnica legislativa argentina, ha hecho la discriminación pertinente con fines casuísticos.

La palabra «objetos» alude, en el sentido de la norma penal, a los bienes muebles o semovientes (mas no así a inmuebles), de comercio o no, y que poseen materialidad, incluso a cosas desprovistas de valor de cambio. *Objetos* se refiere a *cosas,* no a *derechos* o *competencias.*

Pueden tener valor en sí mismos considerados o carecer de valor material, pero necesariamente deben tener valor probatorio penal, civil o administrativo (armas, manchas, mercancías, escritos, etc.).

El uso del término *objeto* en esta figura penal sirve para delimitar el contenido más preciso de la palabra documento.

- *Registros:* son los espacios físicos instrumentalizables que gozan de extensión y donde se anotan, declaran o se hace constar hechos, cuentas, actos jurídicos, etc., presentes o pasados, oficiales o particulares (registros de propiedad, protocolos, inventarios, planillas, libros, registros de actas de reuniones, registros contables, catálogos, etc.); incluyen igualmente los registros electrónicos y las bases de datos.

- *Documento:* el término documento tiene actualmente una concepción material funcional, es decir, es conceptualizado jurídicamente en cuanto a la capacidad probatoria de los signos gráficos, colores, sonidos o dispositivos tecnológicos incorporados o contenidos en una cosa natural o creada por el hombre, rústica o informáticamente configurado (por ejemplo, en este último caso, el documento electrónico). La norma penal, al referirse separadamente a objetos, registros y documentos, ha delimitado el ámbito de alcance del vocablo *documento* (*«instrumento»* en Derecho Civil), vale decir, a «toda escritura o distintivo fijado sobre un medio idóneo debido a un autor determinado o determinable y que permitirá expresar una pretensión jurídica o probar un hecho jurídicamente relevante»[679]. No es la acepción amplia de documento el que emplea aquí el Código Penal, tampoco su acepción ontologista que se reduce a la calidad material, sino un concepto restringido y funcional.

Tales son los objetos sobre los cuales actúa ilícitamente el agente o sujeto activo de delito.

3. La existencia de un proceso

El destino de los objetos, registros o documentos es el de servir de prueba ante la autoridad competente que sustancia un proceso, de allí nace su relevancia e importancia para la Administración Pública. El tipo penal no hace referencia a la clase de proceso de que se trate, pudiendo ser de naturaleza jurisdiccional (civil, penal, laboral, etc.), administrativa, parlamentaria, etc. 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 desarrollo.

El funcionario competente que dispone la custodia de la cosa puede ser un funcionario policial, el fiscal, autoridad administrativa o parlamentaria, también y usualmente el juez que sustancia el proceso.

4. La custodia oficial

El cuidado y la vigilancia de las cosas mencionadas en el tipo deben estar a cargo de un funcionario público o, en su defecto, de otra persona (un servidor público o un particular). La delegación del cuidado y vigilancia

(679) DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 421.

de la cosa 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. El tercero, que el Código llama *«otra persona»*, puede ser un particular a quien el Estado confía la custodia de la cosa, o una institución de custodia.

La cosa (objeto, documento o registro) puede pertenecer al Estado o a particulares; ello resulta irrelevante, pues lo esencial es que exista el acto funcional dado por autoridad competente que confía la custodia. De no estar presente tal acto funcional o de tratarse de un acto privado de custodia, perderán su relevancia penal de violación de medios de prueba las acciones contempladas en el tipo 372.

El momento de la comisión delictiva podrá ocurrir a partir del acto de entrega oficial hasta cuando la orden formalizada de funcionario público competente determine su restitución. Acciones de la naturaleza contenida en el artículo 373 cometidas antes o después de tal vínculo son atípicas de este delito.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito asume dos formas: a título doloso y culposo. El delito para ser doloso requiere conocimiento del vínculo oficial de custodia de la cosa y de que la acción típica realizada viola o quebranta dicho vínculo. No interesa el interés o intención con que actúa el sujeto activo, es relevante sí que tenga voluntad de eludir o quebrar la custodia.

El error de tipo invencible hace atípica la figura en la modalidad dolosa; si es vencible, cabe responsabilidad del sujeto activo por la modalidad culposa.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de naturaleza activa y de consumación instantánea. La posibilidad de comisión omisiva puede ser factible en el caso de destrucción o inutilización producida por efecto natural evitable por acción del custodio (sujeto activo que, teniendo el deber de cuidar de la cosa, dolosamente deja que se deteriore hasta su inutilización como medio de prueba)[680].

(680) Cabe aquí la aplicación del artículo 13 del Código Penal, que prevé la sanción de los casos de omisión impropia o también llamados delitos de comisión por omisión.

El delito exige un resultado en el significado de los verbos rectores destruye e inutiliza, no obstante que no se requiere necesariamente un resultado de lesión o daño a la Administración Pública (administración o judicial).

El delito se consuma al producirse las acciones típicas señaladas en cuanto ellas supongan violación o quebrantamiento de la custodia oficial.

La tentativa y el desistimiento son admisibles.

IX. PENALIDAD

Pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años:

X. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

1. Atipicidad[681]

- La ausencia de acto funcional de autoridad competente que confía la custodia hace atípica la figura por ausencia de uno de los elementos fundamentales del tipo.
- Igualmente si los objetos, archivos o documentos no están destinados a servir de prueba.
- El ocultamiento inidóneo o absurdo no constituye acción típica. El ocultamiento de idoneidad relativa puede constituir tentativa.
- El deterioro natural de la cosa (que lo inhabilita) es figura atípica. Incluso el deterioro imputable al custodio, si no lo inhabilita en su destino probatorio, es un acto atípico.
- El uso hecho de la cosa por el custodio no constituye acción típica de esta figura penal.
- El rehusamiento a la entrega no constituye delito de violación de medios de prueba.

2. Causas de justificación

- Estado de necesidad, sustracción urgente del bien para evitar su destrucción o deterioro sin aviso a la autoridad. Sustracción y venta de algún objeto para salvar otros.

(681) Un caso de atipicidad decidido a nivel de la Corte Suprema véase en la ejecutoria de 26 de diciembre de 2000, Exp. N° 2289-2000, en Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 771, véase el sumillado en sumillas jurisprudenciales.

- Las sustracciones para cambio de local del objeto, registro o documentos, con fines de dar un mejor servicio de custodia, son acciones justificables. Asimismo, la sustracción de la cosa con fines de reparación o cambio de domicilio.

3. Causa de exculpación

- El error de prohibición invencible.

XI. VIOLACIÓN CULPOSA DE MEDIOS DE PRUEBA

Al igual que en el diseño penal argentino, el tipo penal peruano, copia de aquel, criminaliza la comisión culposa de dos modalidades de delito, esto es, de la destrucción y de la inutilización de los objetos, archivos y documentos, sea por acción u omisión. Es decir, cuando tal situación se produzca por negligencia o imprudencia imputable al custodio.

Es de vital importancia, para la configuración de la tipicidad culposa de delito, verificar si el sujeto activo desarrolló comportamientos de destrucción o inutilización infringiendo los deberes del debido cuidado con relación a los objetos, registros o documentos, lo cual nos lleva a inferir que la imputación culposa solo resultará posible para quien se encontraba vinculado por deberes de cuidado con los objetos de protección, esto es, el funcionario público; culpa que tendrá que ser analizada si fue consciente o inconsciente, a fines de precisar la condcuta típica, no obstante lo debatible que resulta en la dogmática penal el hacer derivar mayor o menor penalidad de una u otra.

Resulta evidente que destrucciones o inutilizaciones que de todas maneras se hubieran producido con los actos debidos de cuidado no podrán ser imputados a título de culpa al funcionario.

La penalidad es alternativa en este caso: o pena privativa de libertad de dos días a 1 año o prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el artículo 405 (delito de encubrimiento real), cuando el dolo del agente se haya orientado en tal dirección ilícita.
- Con el artículo 427 (falsedad material de documento).

- Con el artículo 430 (supresión, ocultamiento o destrucción de documento).
- Con el artículo 387 (peculado), si el objeto con valor económico es apropiado por funcionario.
- Con el artículo 377 (incumplimiento de obligación), si el custodio funcionario rehúsa entregar los objetos, archivos o documentos.
- Con el artículo 370 (violación de distintivos oficiales colocados por autoridad).

XIII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Italia (1889)

«Código Penal de Italia (1889), artículo 202: *El que sustraiga, arrebate, destruya o altere cuerpos de delito o documentos custodiados en oficina pública o por un funcionario público por razón de su cargo, será castigado con reclusión de 1 a 5 años.*

Si el culpable fuere el mismo funcionario público que, por razón de su cargo, tenía en depósito los cuerpos del delito o las actas o documentos, la pena será de inhabilitación perpetua para cargos públicos y de reclusión de 2 a 7 años.

Si el daño fuere leve o si el culpable restituyese sin alteración el acta o documento sin haberse aprovechado de él y antes del procesamiento, la pena, en el caso de la primera parte será de reclusión de 6 meses a 3 años y en el caso de la parte anterior, la reclusión será de 1 a 5 años e inhabilitación temporal para cargos públicos».

2. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 255: *Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el que sustrajere, ocultare, destruyere o inutilizare objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario o de otra persona en el interés del servicio público. Si el culpable fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo.*

Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, este será reprimido con multa setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos».

3. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 396 (Alteración o destrucción de objetos colocados bajo el poder público):

1. *Quien destruyere, dañare, inutilizare o de cualquier forma sustrajere al poder público, al cual está sujeto, documento o cualquier otro objeto móvil, puesto bajo la guarda de funcionario competente, o por este confiado a su guarda o a la de un tercero, será penado con prisión de hasta 4 años y multa de hasta 200 días.*

2. *Si el autor del delito fuere funcionario a cuya guarda el objeto hubiese sido confiado, será penado con prisión de 1 a 5 años y multa de 200 días.*

3. *Cuando del delito no resultare perjuicio para el Estado u otra persona, o el perjuicio fuere de pequeña gravedad, la pena será de hasta un año de prisión o de hasta 60 días de multa».*

4. Austria (1973)

«Código Penal de Austria (1973), artículo 273:

1. *Será reprimido con pena privativa de libertad de hasta seis meses o con pena de multa de hasta 360 tarifas diarias, el que destruya, dañe, quite o modifique un escrito del que sabe que ha sido fijado o expuesto por un órgano público para general conocimiento o lo haga en todo o en parte ilegible y de este modo dificulte o impida la finalidad de que llegue a ser conocido el documento.*

2. *Se aplicará en su caso lo dispuesto en el artículo 269, apartado 4.*

3. *No se impondrá la pena prevista en el apartado 1 al que voluntariamente y antes de que la autoridad tenga conocimiento o consiga que se logre la finalidad perseguida por el edicto o bando sin perjuicio esencial».*

5. Panamá (1982)

«Código Penal de Panamá (1982), artículo 348: *El que sustraiga, suprima, destruya o altere algún instrumento, acta o documento que pertenezcan o reposen bajo la custodia de una oficina pública, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.*

Si el autor fuere el mismo servidor público que por razón de sus funciones tenía la custodia de los instrumentos, actas o documentos la sanción será por uno a cuatro años de prisión.

Si el perjuicio causado ha sido leve o si el autor ha restituido íntegro el instrumento, acta o documentos, sin haber derivado provecho de ellos y antes de que se dicte la providencia cabeza del proceso, la sanción será reducida hasta las tres cuartas partes.

Si la entrega se verifica en las condiciones expresadas en el párrafo anterior, después de iniciado el sumario y antes de que se haya dictado el auto de enjuiciamiento, la sanción se reducirá hasta la mitad».

10

SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujetos activo y pasivo. **V.** Comportamiento típico: 1. La existencia de objeto requisado por autoridad. 2. La sustracción de los objetos. **VI.** Elemento subjetivo. **VII.** Consumación y tentativa. **VIII.** Penalidad. **IX.** Participación. **X.** Concurso de delitos. **XI.** Legislación extranjera: 1. Proyecto de Código Penal suizo (1918). 2. Portugal (1982).

Artículo 373: *«El que sustrae objetos requisados por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

El Código Penal de 1924, a través del artículo 324, tenía la siguiente redacción: *«El que substrajera objetos requisados por la autoridad o puestos bajo su custodia, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días».*

La fuente extranjera de donde se extrajo el modelo tanto para la figura del Código de 1924 y de 1991 está constituida por el artículo 258 del Proyecto de Código Penal suizo de 1918(682).

II. LA FIGURA PENAL

Estamos ante una figura especial de hurto, donde la cosa objeto de la acción ilícita se halla bajo la esfera de posesión pública. El hurto en estas condiciones ha merecido una elevación de sanción punitiva. Es solitaria la presencia normativa de esta figura especial en el contexto de las

(682) Véase "Legislación extranjera".

legislaciones comparadas. Solo el singular celo maximalista del legislador peruano ha permitido la existencia de este tipo penal específico, vinculado al efecto requisamiento.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal está específicamente representado por el interés del Estado de garantizar la existencia bajo custodia de determinados objetos, que son, o lo serán en un futuro, de utilidad para la Administración Pública.

IV. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Es sujeto activo cualquiera: un particular (el propietario, poseedor o no), funcionario o servidor público. La autoría puede ser simple o en coautoría. El autor puede valerse de instrumentos[683] para cometer el hecho, situación en la que responderá a título de autoría mediata, o puede el sujeto determinar la comisión de delito (imputación a título de determinador).

Es sujeto pasivo el Estado. La norma penal menciona como sujeto exclusivo de la requisa a la autoridad, por lo mismo, no puede ser cualquier funcionario quien ordena la requisa: de no ser autoridad el que lo haya dispuesto, el hecho será atípico.

V. COMPORTAMIENTO TÍPICO

El tipo penal es de contenido simple, pues posee un solo verbo rector: sustraer. Sus componentes materiales son dos: **a)** la existencia de objeto requisado por autoridad; y **b)** la sustracción de los objetos.

1. La existencia de objeto requisado por autoridad

La figura penal presupone que existan objetos que hayan sido requisados por la autoridad. Esto define un estado previo material de existencia de objetos para que pueda ser típica la acción de sustraer; de forma que, si los objetos sustraídos no son producto de requisa por autoridad, la

(683) Es decir, de personas que actúan sin conocimiento ni dominio real del hecho ilícito, y que son utilizadas por el sujeto activo del delito. Véase PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho Penal*, Lima, Grijley, 1997, p. 340 y ss.; VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte general*, Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 297 y ss.

acción deviene atípica en el caso de la figura 373, pudiendo subsumirse en la tipicidad de la figura 372 o del hurto simple (artículo 185).

- *La requisa.* Es un procedimiento técnico de carácter policial o fiscal y por la cual se confiscan o incautan objetos de diversa procedencia o en relación específica con actividades delictivas (producto del contrabando, del tráfico ilícito de drogas, instrumentos relacionados a delitos contra la vida, bienes muebles producto de delitos económicos, etc.).

- *La autoridad que requisa.* La requisa puede ser ordenada por autoridad policial, penitenciaria, judicial, administrativa (fiscal-aduanera, etc.). La figura legal no ha agregado al término *autoridad* el predicado *competente;* no obstante tal omisión, es de lógica jurídica subsumirla en el tipo. No se requiere que exista necesariamente proceso en trámite ni que se haya iniciado judicialmente (lo que explica las requisas hechas posproceso o las iniciadas antes de proceso a nivel policial o por orden del Ministerio Público).

- *El objeto requisado.* Dichos objetos corresponden, a los obtenidos mediante tales operativos o procedimientos técnicos. No constituirá objeto requisado el embargado o el dado en custodia a un funcionario público o tercero, pues, no obstante el origen (que puede provenir de requisa), la situación jurídica de la tenencia o posesión jurídica del objeto ha cambiado de naturaleza y calidad.

  El destino de los objetos requisados es asunto irrelevante para la figura delictiva.

- *Requisa, decomiso o incautación.* El decomiso o comiso es una sanción accesoria contemplada a nivel de consecuencias jurídicas del delito (artículos 102 y 103 del Código Penal), que implica la pérdida de los objetos (o efectos) incautados provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Pero para ser aplicada dicha consecuencia accesoria necesariamente debe haberse producido la incautación respectiva de dichos objetos. De ahí concluimos que el elemento común que es utilizado para que se genere el objeto requisado o el decomisado es la incautación a nivel de confiscación (requisa) en sentido restrictivo o confiscación en sentido amplio (decomiso). Resumiendo, la requisa y el decomiso son especies del género incautación, que tiene naturaleza jurídica más amplia.

2. La sustracción de los objetos

Cabe aquí lo dicho en capítulos anteriores sobre el sentido y amplitud de la acción típica[684]. La sustracción, es decir, la remoción o desplazamiento del objeto[685] de la esfera de dominio oficial debe ser de objetos requisados por autoridad. No es relevante para la consumación de la figura qué es lo que hace con el objeto el sujeto activo: si lo destruye, regala, deja tirado, lo vende, esconde, etc. En este último caso (esconder), si el objeto tenía en la esfera pública un destino de medio de prueba, habrá concurso con la figura 372.

VI. ELEMENTO SUBJETIVO

La acción de sustraer, para constituir actividad delictiva, tiene que ser necesariamente dolosa. De ahí que las remociones o desplazamientos del objeto carentes de tal componente subjetivo (por culpa, fuerza mayor) son irrelevantes para el Derecho Penal. El tipo no requiere una finalidad especial, por lo mismo, el dolo eventual perfecciona la tipicidad a nivel subjetivo.

El error de tipo invencible hace atípica la figura por falta del elemento cognoscitivo del delito. El error de tipo vencible atenúa la penalidad.

VII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito es de simple actividad, de naturaleza activa, de carácter instantáneo, que se consuma con la actividad de alejamiento del objeto de la esfera de custodia oficial. El tipo no requiere necesariamente que el sujeto activo haya tenido capacidad de disposición.

Admite formas de tentativa, pues el acto de sustraer permite fraccionamiento, pudiendo ser objeto de inacabamiento (tentativa inacabada), frustración del acto (delito frustrado o tentativa acabada) o desistimiento voluntario.

VIII. PENALIDAD

Pena simple: privativa de libertad de 2 a 4 años.

(684) Véase *supra,* p. 626 y ss.

(685) Sobre el concepto *"objeto"*, véase *supra,* p. 628.

IX. PARTICIPACIÓN

Cabe toda forma de participación. Complicidad primaria, complicidad secundaria, instigación al acto doloso de sustracción. La participación, en los actos de tentativa, son igualmente reprimibles a título de complicidad en tentativa de delito. La tentativa de participación es irrelevante penalmente.

X. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de hurto (artículo 185) si el objeto no es requisado por autoridad o lo es en parte.
- Con el delito de violación de medios de prueba (artículo 372).
- Con el delito de peculado (artículo 387).
- Con el delito de robo agravado (artículo 189).

XI. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Proyecto de Código Penal suizo (1918)

«Proyecto de Código Penal suizo (1918), artículo 258: *El que sustrajere objetos requisados por la autoridad o puestos bajo su custodia será castigado con prisión o con multa».*

2. Portugal (1982)

«Código Penal de Portugal (1982), artículo 397: *Quien destruyere, dañare, inutilizare o sustrajere cosa que hubiese sido legalmente embargada, secuestrada, aprehendida u objeto de providencias cautelares, de forma tal que perjudicare, total o parcialmente, la finalidad de estas providencias, será penado con prisión de hasta 3 años o multa de hasta 100 días».*

DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD SUMILLAS DE JURISPRUDENCIA

1. ACTOS QUE ATENTAN CONTRA EL EJERCICIO DE LAS ACTUACIONES PÚBLICAS

«El ius imperio del Estado se expresa a través del ejercicio legítimo del poder, de aquellas autoridades que en su proceder funcionarial toman ciertas decisiones, cuya concreción puede importar afectación a los derechos subjetivos de los particulares. Constituyen actos que atentan contra el ejercicio de la actuación pública, perturbándose su naturaleza ejecutiva, cuando el agente impide a una autoridad el ejercicio de sus acciones o le estorba en el ejercicio de estas. La protección penal acordada por este tipo penal se asienta en la necesidad de proteger el normal y buen desarrollo de las funciones que detentan las autoridades y sus agentes para asegurar su completa y eficaz ejecución».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 1232-2010, del 27 de abril de 2011, Loreto, Sala Penal)

2. PROTESTA CON BANDEROLAS Y PANCARTA NO CONSTITUYE DELITO DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

«Este tipo penal para su consumación exige que la conducta que realice el sujeto activo se haya dado con violencia o amenaza, entendida esta como una intromisión irresistible en la esfera de libertad de los ciudadanos, con el objeto de que se haga o se deje de hacer aquello que no quería; que de la revisión de autos se advierte que si bien entre los procesados y la agraviada existió un intercambio de palabras, conforme se advierte del acta de visualización de video, donde consta que el día de los hechos los encausados portaban banderolas y pancartas (...) protestando porque no permitirían la reasignación de una autoridad que no se ha llevado de conformidad a las normas; que en este sentido, dado como acontecieron los hechos, se advierte que los encausados solo ejercieron su derecho a la libertad de opinión sobre una supuesta afectación a sus intereses legítimos, no advirtiéndose el ejercicio a la violencia o la amenaza; por lo tanto, al

no acreditarse uno de los elementos objetivos del tipo penal la conducta de los encausados resulta atípica».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 2484-2010, del 15 de junio de 2011, La Libertad, Sala Penal Permanente)

3. PRECISIONES SOBRE EL DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD POLICIAL

«El espacio de aplicación del delito de violencia y resistencia contra la autoridad policial, así como de la agravante que para tales casos contempla el artículo 367 del CP debe operar de manera residual y subsidiaria a la eficacia de otros delitos que involucran formas de daño ocasionados dolosamente por terceros contra la vida, la salud o la libertad de efectivos policiales cuando estos actúan en ejercicio de sus funciones o como consecuencia de represalias por la realización legítima de las mismas (homicidio, artículo 108-A; sicariato, artículo 108-C inciso 5; lesiones graves dolosas, lesiones leves dolosas, injuria, secuestro). Por tanto, es relevante precisar que el delito de violencia y resistencia contra la autoridad, agravado por la calidad policial de esta, abarca únicamente aquellos actos que mediante amenazas o agresiones físicas rechazan el *ius imperium* del Estado, representado en el ejercicio del poder, competencia y facultades que aquella legalmente ostenta y ejerce. Son pues, formas de resistencia activa y violenta contra dicho poder y autoridad. Por tal razón, su relevancia y punibilidad tienen siempre que ser menores que los que corresponden a otra clase de acciones de violencia que se dirigen a atentar directamente contra la vida o la salud individual de efectivos policiales que ejercen o ejercieron sus funciones».

(Acuerdo Plenario 1-2016 [fundamentos 18 y 19])

4. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD POLICIAL

«Se opuso a una intervención lícita de la autoridad policial, que actuó ante la denuncia de robo por parte de un ciudadano que lo sindiciaba como tal. Esta oposición fue violenta y, como tal, importó la agresión directa a un efectivo policial, incluso se afectó un bien público policial (el patrullero) –así lo declaró no solo el efectivo policial lesionado sino el denunciante–. Ello denota una conducta irascible a la propia detención, pero lo que no se admite es violentar a la autoridad policial, agredirla para impedir que cumpla con su función de control de orden público y prevención del delito. Las lesiones causadas son clara muestra de esta violencia ilícita, no justificada y desproporcionada, que ejerció el imputado contra el policía».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 1268-2018-Lima Norte, del 24 de octubre de 2018, f. 5, Sala Penal Permanente)

5. AGRESIÓN A EFECTIVO POLICIAL

«En el presente caso, se apreció adecuadamente que la lesión infringida a la víctima se ocasionó cuando esta ejercía sus funciones de protección y apoyo a particulares, seguridad de la propiedad privada y restablecimiento del orden: El encausado llegó al local comercial, de propiedad de su expareja, luego de haber consumido licor en otro lugar, pidió dos cervezas más y solicitó usar el teléfono, después que se lo negaron adoptó una actitud agresiva que terminó con la presencia del serenazgo, a quien tampoco hizo caso, por lo que fue necesaria la intervención policial, pero mientras retiraban al encausado este aprovechó el descuido para lanzar una silla de madera al agraviado (véase el fundamento trece de la sentencia de vista). Aunque la conducta no ocasionó una lesión que requiera más de diez días de descanso médico, se trató de una resistencia activa y de violencia contra el *ius imperium* del Estado, que legalmente ostentaban y ejercía la autoridad policial y, principalmente, contra la integridad fisíca del efectivo policial interviniente –víctima–. Este contexto configura la circunstancia de agravación de la conducta que permitió calificarla como un delito de lesiones, más allá del registro meramente cuantitativo de los días de asistencia o descanso».

(Sentencia de Casación N° 1385-2017-Lima, del 11 de julio de 2018, Sala Penal Permanente)

6. NO CONSTITUYE DELITO DE VIOLENCIA CONTRA EFECTIVO POLICIAL SI ESTE NO DESARROLLABA EJERCICIO REGULAR DE FUNCIONES PÚBLICAS, SIN PERJUICIO DE LAS LESIONES QUE EL PARTICULAR LE PRODUJO

«Los hechos por los cuales ha sido condenado el recurrente, están referidos a que [en circunstancias en que] iba conduciendo su vehículo (taxi) al interior del centro comercial Mega Plaza, recibió la indicación de un policía (...) para que girara en la dirección por la que vino puesto que no estaba permitido el ingreso a taxis, sino solo vehículos particulares, siendo que si bien el sentenciado conducía un vehículo con el letrero de "taxi", estaba haciendo uso de este como particular, pues manifiesta que quería retirar dinero de un cajero. Es así que el sentenciado hizo caso omiso de las indicaciones, por lo que el referido efectivo policial le solicitó sus documentos, y ante la negativa, este golpea el auto en señal de llamada de atención, debido a esto el sentenciado, bajó del auto y reaccionó empujando y agrediendo al efectivo policial, siendo luego intervenido por otros dos efectivos policiales del Escuadrón de Emergencia. 2. Los hechos antes descritos han sido calificados como constitutivos de un delito de violencia contra un funcionario público, con la agravante de segundo grado: la prevista en el inciso 3) del artículo 367 del Código Penal. El efectivo policial ha manifestado que se encontraba prestando servicio individualizado en el interior del Centro Comercial. Hay que precisar que regular o controlar el congestionamiento vehicular se encuentran

fuera de la gama de labores que podrían calificarse como el ejercicio regular de las funciones de este policía, más aún cuando dicho servicio que realizaba era prestado a una entidad privada como lo es un centro comercial privado. Teniendo en cuenta lo anterior, y dada la atipicidad del hecho enjuiciado, corresponde declarar la nuidad de la sentencia recurrida [que impuso una pena de 8 años] y de oficio declarar fundada la excepción de naturaleza de acción, de conformidad con lo previsto por los artículos 5 y 298 del Código de Procedimientos Penales. 12. No obstante lo anterior, ello no quiere decir que se desconozca la agresión que sufrió el mencionado efectivo policial. En efecto, está acreditado que el policía agraviado sufrió una lesión que requirió de dos días de atención facultativa y siete días de incapacidad medicolegal. Ello evidentemente, configura una falta contra la integridad física del artículo 441 del Código Penal».

(Exp. N° 03354-2014-0-0901-JR-PE-01, del 26 de enero de 2016, Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel. Corte Superior de Justicia de Lima Norte)

7. ES ATÍPICO DESOBEDECER UNA ORDEN IMPOSIBLE DE CUMPLIR

«Es claro que la orden o mandato –judicial en este caso– debe ser expreso, escrito en este caso –incluso puede ser verbal– y sin imprecisiones o vaguedades –claro y concreto–; además, debe estar dirigido a una persona o autoridad determinada –lo que importa un requerimiento válido, del que se haya tenido conocimiento a su debido tiempo– y, en lo específico, con capacidad para cumplirla –de posible realización–. Se trata, además, de un delito doloso; y, como tal, es esencial que el sujeto activo, respecto de lo ordenado, tenga un deber de actuación y que su incumplimiento no se deba a una imposibilidad material de hacerlo. *Séptimo.* El deber de actuación del funcionario público concernido tiene límites objetivos, no solo en su propio control de la Administración para cumplir la orden judicial –capacidad para dictar órdenes y garantizar la ejecución del mandato judicial–, sino, cuando se trata de recursos públicos, en el respeto a las regulaciones del Derecho Presupuestario. La gestión de los recursos públicos está rigurosamente normativizado, por el cumplimiento de un pago determinado está sujeto a lo que el ordenamiento prevé y a las gestiones que sobre el particular deban hacer las autoridades competentes. La criminalidad de una desobediencia objetiva al mandato judicial reside en que el agente público, pese a conocer el mandato judicial y poder cumplir con sus directivas –facultades legales y el tiempo razonable para acatarlo–, no lo hace. Con esta finalidad, debe examinarse cuidadosamente las atribuciones y funciones del agente público concernido, así como –tratándose de fondos públicos– la factibilidad material de su cumplimiento en atención al Derecho Administrativo y presupuestario. No se puede exigir lo imposible, ni que se destinen fondos públicos sin la correspondiente autorización legal. Un mandato judicial de pago de renumeraciones exige su debido cumplimiento pero condicionado a lo anterior. El funcionario público no decide libérrimamente sobre fondos públicos y, menos, el desobedecimiento de un mandato judicial puede estimarse delictivo si, al tiempo de su emisión, las reglas presupuestales no lo permiten.

La calificación de delictivo de un incumplimiento de un mandato judicial por el solo transcurrir del tiempo no resulta razonable».

(Sentencia de Casación N° 50-2017-Piura, del 10 de abril de 2018, Sala Penal Permanente)

8. CASO OMISO DE RESOLUCIÓN QUE NO CONTENÍA ORDEN EXPRESA Y SOLO RECOMENDACIONES NO CONSTITUYE COMPORTAMIENTO TÍPICO DE DESOBEDIENCIA

«El delito de desobediencia a la autoridad requiere para su configuración que se presenten los siguientes presupuestos: i) una orden –resolución administrativa o judicial–, ii) obligación o deber de actuación en el sujeto activo, ii) el no cumplimiento de dicho deber u obligación y iii) la posibilidad de haberla cumplido. *Sétimo*: Conforme se verifica de la Resolución, el rector de la universidad, resolvió recomendar a la procesada (Directora del Centro de Idiomas de la Institución) para que de acuerdo al número de alumnos matriculados, incremente de manera gradual el número de grupos a favor de la señora (---) ahora agraviada, docente contratada en dicho Centro, para la enseñanza del idioma inglés. De ello se verifica que la citada resolución no contenía un mandato expreso –orden– dirigido a la procesada para que ejecute un acto en un plazo o fecha determinada, pues la recomendación no constituye una disposición imperativa, *conditio sine qua non* para que los actos del sujeto activo se subsuman en la tipicidad del delito, de ahí que si la encausada hizo caso omiso a la recomendación brindada por su superior, ello podrá ser valorado internamente por el órgano competente, mas no puede ser empleado como un elemento objetivo del delito de desobediencia a la autoridad, buscando su configuración, toda vez que si *"no hay orden no hay desobediencia posible"*. *Décimo.* En virtud de lo regulado por el inciso 1 del artículo 11 de la Ley N° 27444 –Ley de Procedimiento Administrativo General–, los administrados plantean recurso de reconsideración ante el órgano que había emitido la orden para que la reconsidere por estar la decisión viciada por nulidad. *Décimo primero.* Siendo así, la no ejecución inmediata de la Resolución aludida en el f. j. 7, no puede ser establecida como una negación a obedecer a una orden, al haber la procesada ejercido uno de los derechos que la Ley de Procedimiento Administrativo General le otorga –derecho de contradicción–».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 1337-2013-Cusco, del 20 de enero de 2015, Sala Penal Permanente)

9. RESISTENCIA A LA AUTORIDAD SE HALLA DENTRO DEL RIESGO PERMITIDO, AL TRATARSE DE EVITAR LA PROPIA DETENCIÓN

«Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra un móvil que se hallaba estacionado fue intervenido por un efectivo policial, resistiendo a ser conducido a la delegación policial negándose a mostrar sus documentos (...) conducta que se configura en el delito

de resistencia a la autoridad; sin embargo, este dispositivo legal establece la salvedad cuando se trate de la propia detención por encontrarse dentro del riesgo permitido, lo que ha ocurrido en el presente caso».

(Ejecutoria suprema, Exp. N° 3220-2001-Lima, del 22 de abril de 2002, Sala Penal)

10. DESOBEDIENCIA A LA DETENCIÓN

«El haber desobedecido una orden impartida por un efectivo policial en circunstancias de haber intervenido por la supuesta comisión del delito de contrabando, no es reprimible penalmente, por cuanto estaba de por medio su libertad y con su accionar trataba de evitar su propia detención».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 316-2002-Tacna, del 9 de diciembre de 2002, Sala Penal)

11. DERECHO NATURAL DEL INCULPADO A CONSERVAR SU LIBERTAD

«De otro lado, no obstante acreditarse que el acusado abandonó su domicilio desde el 17 de setiembre de 1996, día de la intervención del sentenciado (...), ello en modo alguno puede constituir elemento probatorio de la comisión del delito ni su responsabilidad conforme erróneamente se concluye en el sétimo considerando de la recurrida, pues la sustracción a la acción de la justicia de cualquier inculpado representa un derecho natural a conservar su propia libertad, que tiene sustento legal en el artículo 368 del Código Penal, cuando prescribe que no comete delito de desobediencia o resistencia a la autoridad aquel que evita su propia detención».

(Ejecutoria suprema, R. N. N° 2228-2003-Callao, del 7 de noviembre de 2003, Sala Penal Permanente)

12. NO PAGO A UN TRABAJADOR NO ES DELITO DE RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

«La desobediencia y resistencia a la autoridad es un delito doloso, el cual tiene tres requisitos que han de existir: a) una obligación o deber de actuación en el sujeto activo, b) el no cumplimiento de dicho deber u obligación y c) la posibilidad de haberla cumplido. El no pago a un extrabajador, en cumplimiento de un pacto celebrado ante un juzgado laboral, al no tener posibilidad de realizarlo, no constituye delito de desobediencia y resistencia a la autoridad».

(Ejecutoria suprema, Exp. N° 1394-1998-Chiclayo, del 30 de diciembre de 1998. Distrito Judicial de Lambayeque)

13. NECESIDAD DE ACREDITAR OPOSICIÓN HOSTIL Y MALICIOSA

«Para que se configuren los delitos de violencia y resistencia a la autoridad, es necesario demostrar la existencia de una rebeldía u oposición abierta, hostil y

maliciosa, en contra del cumplimiento de un mandato de una autoridad en el ejercicio de sus funciones».

(Ejecutoria suprema, Exp. N° 413-96-Huacho, del 27 de abril de 1998, Distrito Judicial de Huaura)

14. NOTIFICACIÓN NO OPORTUNA O FALTA DE CERTEZA QUE DELIBERADAMENTE HAYA RESISTIDO O DESOBEDECIDO LA ORDEN NO ACREDITA DELITO

«Al no existir certeza de que el encausado haya sido notificado de manera oportuna de los requerimientos oficiales, o que deliberadamente haya desobedecido o resistido la orden impartida por el representante del Minsiterio Público, no se ha acreditado fehacientemente la comisión del delito imputado (...)».

(Exp. N° 2449-98, del 1 de setiembre de 1998. Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima)

15. EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN DECLARADA INFUNDADA POR EXISTENCIA DE FALLO SUPREMO EN VÍA DE AMPARO

«El artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 126 establece que la excepción de naturaleza de acción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable; pero estando a la Resolución Judicial emitida por la Corte Suprema de 7 de junio de 1995 que confirma la sentencia de primera instancia que declara fundada la acción de garantía de amparo y ordena que la demandada Inade pague las pensiones y demás beneficios económicos que como pensionistas, le corresponde a cada agraviado, de lo que han hecho caso omiso; consecuentemente se debe declarar infundada la excepción de naturaleza de acción interpuesta».

(Ejecutoria suprema del 5 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema N° 2777-97, Exp. N° 2311-97-Lima)

16. VIOLENCIA Y RESISTENCIA, ENCUBRIMIENTO REAL Y DENEGACIÓN, RETARDO DE JUSTICIA: NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL

«La desaparición de cuatro denuncias atribuidas al procesado durante el periodo en que se desempeñó como encargado de la mesa de partes de la 19ª Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, originadas por desconocimiento de la forma correcta en que debía proceder, sin que existan elementos de prueba idóneas y suficientes que denoten intención dolosa de desobedecer las órdenes impartidas por el Fiscal Provincial, ni de ocultar pruebas y documentos que sirvan de prueba, o de dificultar la acción de la justicia; por lo que se estima que lo resuelto

por el colegiado en el sentido de no haber mérito para pasar a juicio oral, está arreglado a Ley».

(Ejecutoria suprema del 4 de marzo de 1998, en conformidad con el Dictamen de Fiscalía Suprema, Exp. N° 3238-97-Lima)

17. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA: CONDUCTA ATÍPICA

«El volver a ingresar al terreno del cual fue desalojado el acusado, vía reivindicación y entrega de terrenos, no se adecua a la hipótesis legal de desobediencia a la autoridad, resultando por lo mismo atípica de esta figura delictiva».

(Ejecutoria suprema del 26 de noviembre de 1997, Exp. N° 665-97-Piura)

18. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: MERA INCRIMINACIÓN DE PARTE AGRAVIADA ES INSUFICIENTE PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD PENAL

«La mera incriminación de la agraviada de que el acusado se arroga funciones de administrador, es absolutamente insuficiente para acreditar los cargos formulados en su contra, si es que no se ha acreditado fehacientemente que se haya resistido o haya obstruido la labor del nuevo administrador, conforme lo había dispuesto el juzgado agrario».

(Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997, Exp. N° 5109-96)

19. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA

«La conducta de los acusados que se circunscribió a impedir sus propias detenciones, queda dentro de los alcances de la excusa legal absolutoria prevista en el artículo 368 del Código Penal, al reconocer que una persona puede resistirse a su detención, más aún cuando en autos no se ha establecido que los encausados fueran intervenidos en circunstancias de flagrante delito».

(Ejecutoria suprema del 27 de agosto de 1997, Exp. N° 717-96-Lima)

20. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: IGUALDAD DE SITUACIÓN JURÍDICA, IGUALDAD DE DERECHO Y ABSOLUCIÓN A AUSENTES

«La situación jurídica de los acusados ausentes es similar a la de los absueltos, a quienes no se les encontró responsabilidad por los hechos materia de juzgamiento, por lo que es del caso absolverlos».

(Ejecutoria suprema del 16 de julio de 1997, Exp. N° 3713-96-Huánuco)

21. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: INTEGRACIÓN DE SENTENCIA

«La Sala Penal Superior al dictar la sentencia e imponer al procesado pena privativa de libertad de ejecución suspendida condicionalmente no ha precisado las reglas de conducta a que se encuentra sujeto conforme al artículo 58 del Código Penal, resultando procedente integrar dicho fallo conforme a la facultad conferida por el penúltimo párrafo del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Decreto Legislativo N° 126: le impusieron las siguientes reglas de conducta (...)».

(Ejecutoria suprema del 12 de noviembre de 1996, Exp. N° 5086-95-B-Callao)

22. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: LA REPARACIÓN CIVIL NO ES REGLA DE CONDUCTA

«En los casos en que se imponga pena privativa de libertad de ejecución suspendida condicionalmente no es procedente que se fije como regla de conducta el pago de la reparación civil, pues su ejecución está normada por el artículo 101 del Código Penal».

(Ejecutoria suprema del 31 de octubre de 1996, Exp. N° 5302-95-B-Puno)

23. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: GRADUACIÓN DE PENA Y SUJETO PASIVO

«La graduación de la pena debe ser el prudente resultado del análisis lógico jurídico de la prueba actuada, en función de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de sus condiciones personales como lo establecen los artículos 45 y 46 del Código Penal.

Que, de otro lado, siendo el Estado el ente agraviado en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad y contra la función jurisdiccional deviene impropio tenerse también como agraviados a la Policía Nacional del Perú y a los policías víctimas de la agresión».

(Ejecutoria suprema del 14 de octubre de 1996, Exp. N° 4649-95-B-Arequipa)

24. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: NO CONSTITUCIÓN EN PARTE CIVIL NO DA PERSONERÍA PARA INTERPONER RECURSOS

«Al no haberse los agraviados constituido en parte civil, no tienen la personería que confiere el artículo 58 del Código de Procedimientos Penales para interponer los recursos a que se refiere dicho numeral; declararon insubsistente el concesorio e improcedente el recurso de nulidad».

(Ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 1996, Exp. N° 3763-95-B-Puno)

25. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: APLICACIÓN DE RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

«La reserva del fallo condenatorio previsto en el artículo 62 del Código Penal viene a ser una figura jurídica que constituye una alternativa a las penas privativas de libertad, siendo aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad, hicieran prever que esta medida les impedirá cometer delito, sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador».

(Ejecutoria suprema del 1 de diciembre de 1995, Exp. N° 2583-95
[*Normas Legales*, diciembre, 1996, p. A-25])

26. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD - USURPACIÓN DE INMUEBLE: ATIPICIDAD

«No se han dado los presupuestos para la realización del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad si los encausados cumplieron con la orden impartida por el Juez Penal, es decir, desocupar el inmueble materia de la litis; que estos hayan ingresado nuevamente a dicho inmueble sin mandato o autorización expresa, constituye el delito de usurpación».

(Ejecutoria suprema del 1 de setiembre de 1995, Exp. N° 2240-94-B
[Rojjasi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*,
Lima, Legrima, 1997, p. 233])

27. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: HECHO NO PUNIBLE

«La violencia o resistencia desplegada con el objeto de impedir la propia detención no constituye hecho punible».

(Ejecutoria del 14 de febrero de 1994, Exp. N° 06-93-Lima
[*Normas Legales*, octubre, 1995, p. J-41])

28. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: EXIMENTE DE PENA

«Si bien el artículo 368 del Código Penal establece que se incurre en dicho ilícito cuando se desobedece o resiste a una orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, también lo es que el propio tipo penal incluye una eximente o acto permitido, que se da cuando se trata de la propia detención, que, habiendo los acusados evitado su aprehensión aun mediante el desobedecimiento y la resistencia, no les alcanza responsabilidad por este delito».

(Ejecutoria suprema del 9 de junio de 1994, Exp. N° 2371-93-Callao)

29. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«Si el agraviado fue restituido en sus derechos como socio del Club de la Unión en cumplimiento a lo ordenado en la Ejecutoria Suprema que otorgó la acción de amparo interpuesta por el agraviado, ello indica que la Institución referida ha acatado el mandato del órgano jurisdiccional; que, dicho mandato solo se refiere a respetar los derechos del ciudadano accionante, pero que de ninguna manera implica que la institución, a través de los cauces legales preestablecidos pueda reiniciar el procedimiento».

(Ejecutoria suprema del 14 de agosto de 1992, Exp. N° 1176-91-A-Lima)

30. VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: ATIPICIDAD

«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».

(Ejecutoria suprema del 20 de setiembre de 1985, Exp. N° 392-85-Lima
[*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 273])

31. RESISTENCIA O DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: PRECISIONES CONCEPTUALES

«El delito de resistencia o desobediencia a la autoridad previsto y sancionado en el artículo 322 del Código Penal (de 1924), presupone la ejecución actual o inminente de un mandato u orden dictada por la autoridad en ejercicio de sus funciones; que no puede haber resistencia o desobediencia basada en el incumplimiento de una resolución que crea un estado, pues una cosa es resistir o desobedecer a un funcionario y otra es violar un deber jurídico».

(Ejecutoria suprema del 21 de febrero de 1985, Exp. N° 290-85-Piura)

32. DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD: DEFINICIÓN

«La desobediencia es la rebeldía u oposición abierta, hostil y maliciosa acompañada de actos de contradicción decidida y resuelta, al cumplimiento de un mandato u orden en curso de ejecución, expreso y personal de la autoridad en el ejercicio de sus funciones».

(Ejecutoria suprema del 16 de octubre de 1981, Exp. N° 922-81
[*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982, p. 139])

33. DELITO DE DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: COMISIÓN DE DELITO DIFERENTE

«Si los encausados cumplieron con la orden del Juez Penal al desocupar el inmueble materia de litis, quedando el agraviado en posesión del mismo, 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».

(Ejecutoria suprema del 1 de setiembre de 1995, Exp. N° 2240-94-La Libertad [Rojassi Pella, Carmen: *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Lima, Legrima, 1997, p. 223])

34. DESOBEDIENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: DEPOSITARIO JUDICIAL

«En autos existen suficientes elementos probatorios que acreditan la participación de la acusada en la comisión del acto ilícito materia de juzgamiento, quien fue nombrada depositaria judicial de unos artefactos eléctricos, pues al ser requerida bajo apercibimiento de ley se negó a 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».

(Ejecutoria suprema del 4 de noviembre de 2002, Exp. N° 58-2000-Lima [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra a Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 74])

35. RESISTENCIA A LA AUTORIDAD: PROPIA DETENCIÓN. EXCUSA ABSOLUTORIA

«Aparece de autos que el procesado al pretender darse a la fuga luego de colisionar su vehículo contra una móvil que se hallaba estacionada, fue intervenido por un efectivo policial, resistiéndose 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».

(Ejecutoria suprema del 22 de abril de 2002, Exp. N° 3220-2001-Lima [Salazar Sánchez, Nelson: *Delitos contra a Administración Pública: jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004, p. 84])

36. VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

«El delito contra la Administración Pública, previsto en el artículo 372 del Código Penal, se configura cuando se perpetra la sustracción, ocultamiento, destrucción o inutilización de objetos o documentos que obran en poder de persona distinta al agente; circunstancia que no se da en el presente caso; que, conforme aparece del expediente, el acusado fue absuelto en el proceso que se le siguió por delito de apropiación ilícita del que deriva estos autos y siendo así no habría

tenido obligación de entregar los libros a que se refiere el acotado proceso conexo, y además no se ha probado que actuó en forma dolosa».

(Ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2000, Exp. N° 2289-2000-Lima. Rojas Vargas, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Lima, Idemsa, 2002, p. 77, Sentencia de la Tercera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 5 de octubre de 1998, Exp. N° 211-98, p. 79)

TÍTULO IV

LOS DELITOS DE DESACATO

SUMARIO: I. Aspectos históricos. **II.** Modelos legislativos de desacato. 1. España. 2. Francia. 3. Italia. 4. Alemania. **III.** Desacato o injurias: tendencias de Derecho comparado. **IV.** Aspectos de técnica legislativa en el Código Penal peruano. **V.** Relevancia jurídica del desacato en el Perú.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS

El desacato en el Derecho Romano era un delito de «lesa majestad», vale decir, que ofendía o injuriaba a la dignidad de los magistrados y pontífices, siendo por lo mismo un ilícito de suma gravedad. Como ya hemos referido, "magistrados" eran, en el pensamiento jurídico y de poder romano, tanto el cónsul, el pretor, cuestor, tribuno, como el príncipe y mandatario. Por lo mismo, la dirección de la injuria propia del desacato abarcaba a la totalidad del Estado romano, que en el lenguaje del *Digesto* se representaba con la frase «contra el pueblo romano o contra su seguridad»: *Maiestatis autem crimen illud est, quod, adversus populum Romanum, vel adversus securitatem eius committitur*[686]. La injuria, como el contenido fundamental del delito, tenía en Roma una denotación más amplia que su significación actual. En palabras del notable jurista LABEÓN, citado por ULPIANO, «se hace injuria o mediante una cosa o con palabras; mediante una cosa siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos y se hace afrenta. Y toda injuria o es inferida al cuerpo, o se refiere a la dignidad»[687]. Era injuria matar o lesionar al magistrado o emperador, u ofender su honor, siendo merecedoras dichas conductas –que necesariamente debían cometerse con dolo malo, es decir, con intención de dañar– de sanciones sumamente severas que podían llegar hasta la pena de muerte.

(686) *Digesto*, Lex Julia relativa a la majestad, Libro XLVIII, Título IV.
(687) *Digesto*, Libro XLVII, Título X.

Tenemos así, producto del Derecho Penal romano, los dos elementos históricos del desacato: la violencia física y la ofensa. Los Códigos modernos solo rescataron la ofensa como elemento constitutivo del desacato y agregaron la intimidación o amenaza como modalidad atenuada de violencia, además de otros componentes particulares como el desorden. Asimismo, se ha despersonalizado el contenido de la ilicitud del desacato, de tal forma que es la función y no la persona el centro del interés político de la norma penal.

II. MODELOS LEGISLATIVOS DE DESACATO

1. España

Los antiguos Códigos españoles de 1822, 1848-50, 1870 y 1928, y los más recientes de 1940 y el refundido de 1973 trataron el desacato como una de las diversas figuras delictivas de los «Delitos contra la seguridad interior del Estado» (solo el de 1870 lo consideró «contra el orden público»). En el Código de 1822 aún no existía una definición normativa estricta del desacato, el cual hallábase confundido con otras conductas de atentado y coacción contra funcionarios públicos. La autonomía típica se producirá con el Código Penal de 1850, que en su artículo 192 ofreció un interesante esquema paradigmático(688) que sería tomado como modelo para los subsiguientes Códigos.

El Código Penal español de 1973 volvió a ubicar el desacato como un delito contra la seguridad interior del Estado, aunque ya en el texto de 1940 se había regresado a tal sistematización (artículos 240 a 245).

La historia legislativa penal española nos ofrece, en un marco de excepción, las repercusiones de los vaivenes políticos en los diseños político-criminales de las normas penales; vaivenes siempre oscilantes entre posiciones conservadoras (1850-1928-1973) y liberales (1822-1870-1995). El Código de 1995, producto de las presiones político-democráticas, ha derogado de su texto legislativo la mención al desacato, conservando la modalidad de perturbación grave del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos de cualquier autoridad en oficina o

(688) Código Penal de España de 1850, artículo 192: *"Cometen desacato contra las autoridades: 1) los que perturbaren gravemente el orden de las sesiones en los cuerpos colegisladores, y los que injurian, insultan o amenazan:* Primero. *A un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el senado o en el congreso.* Segundo. *A los ministros de la corona o a otra autoridad en el ejercicio de sus cargos.* Tercero. *A un superior suyo con ocasión de sus funciones. En todos estos casos la provocación al duelo, aunque sea privada o embozada, se reputará amenaza grave para todos los efectos de este artículo".*

establecimiento público[689]. El desacato, por lo general, ha sido contemplado, en la legislación penal española que corre de 1822 hasta antes de la vigencia del Código Penal de 1995, con una penalidad muy moderada, no superando los dos años de prisión más multa.

2. Francia

El Derecho Penal francés, a través de sus fórmulas de ultrajes (*outrage*) y violencias contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública recogidas en los artículos 222 al 233 del Código de 1810, ofreció a la comunidad jurídica mundial un modelo ampliamente casuístico sobre desacato, en función de los *medios* (palabras, imágenes, escritos, amenazas, gestos, actos de violencia, golpes y demás vías de hecho), *los resultados producidos* (heridas, efusión de sangre, enfermedad o muerte), el *lugar* (audiencia de tribunal), la *calidad de los afectados* (magistrados, miembros del jurado, oficial ministerial, agente depositario de la fuerza pública, ciudadano encargado de un ministerio de servicio público, comandante de la fuerza pública) y el *modo* (en ejercicio de funciones o con motivo de dicho ejercicio). Recoge, de tal manera, el paradigma francés, el legado romanista de las injurias reales y verbales como contenidos básicos del desacato. Las penalidades variaban desde las más tenues, de 15 días a dos años para el ultraje de palabra al honor o delicadeza del magistrado, hasta la de trabajos forzados a perpetuidad y pena de muerte en los casos más graves.

El actual Código Penal francés vigente desde 1993 ha resumido en un solo artículo su modelo de *outrage* o desacato, estableciendo 5 modalidades atenuadas y agravadas en el texto del artículo 433, sancionadas exclusivamente con multa o con un sistema doble de privación de libertad y multa respectivamente, siendo notorio el contraste punitivo con lo señalado en el Código de 1810, por cuanto el máximo de pena privativa es de 1 año en el Código Penal de 1993.

3. Italia

El esquema italiano de desacato de 1889 (artículos 194 al 200), con un rigor punitivo superior a los modelos españoles del siglo XIX, también sigue la tendencia casuística del Código francés, pero contiene un dispositivo singular en su artículo 199 que excluye la tipicidad de los delitos de *oltraggio* (ultraje o desacato) cuando el funcionario público haya dado motivo al hecho ultrajante, traspasando con actos arbitrarios los límites de sus atribuciones.

(689) Véase "Legislación extranjera", el modelo legal español derogado de desacato.

El Código Penal italiano vigente (1930) contempla cinco clases de desacato en función del destinatario de la ofensa:

1) El desacato por ofensa al honor o prestigio del funcionario público (artículo 341).

2) El desacato por ofensa al prestigio de un organismo corporativo público (artículo 342).

3) Desacato por ofensa al honor o prestigio de un magistrado en audiencia (artículo 343).

4) Desacato al empleado público (artículo 344).

5) Desacato por desprecio, sacando o rompiendo los escritos y dibujos fijados o expuestos al público por orden de la autoridad (artículo 345).

El Código de 1930, en vigencia, conforme a lo ya mencionado, mediante los artículos 341 al 345 ha criminalizado el ultraje a funcionario público; a un cuerpo político, administrativo o judicial; al magistrado en audiencia; y al empleado público. Las penas oscilan de 15 días a 4 años. El núcleo del injusto penal para el Código italiano es la ofensa al honor o el prestigio del funcionario público a causa o en el ejercicio de sus funciones. La extensión del desacato a los actos contra el empleado está considerada como una forma atenuada del delito. El artículo 345 regula una específica modalidad de desacato consistente en quitar, romper o hacer ilegible o inservible de cualquier otra forma, y en manifiesto desprecio a la autoridad, escritos o diseños fijados o expuestos al público por orden de la autoridad, la cual castiga con multa.

4. Alemania

La legislación penal alemana actual no contempla la figura del desacato, considerando su contenido de ilicitud como un caso de injurias que se reconducen mediante los tipos comunes 185 al 187 de su texto penal vigente. Idéntica orientación político-criminal siguen los Códigos Penales de Austria, Suiza y, en menor proporción, el español vigente.

III. DESACATO O INJURIAS: TENDENCIAS DE DERECHO COMPARADO

Son ya varios los Códigos europeos que han derogado sus figuras penales de desacato por considerar que la permanencia de una figura de tal

naturaleza contribuye a establecer diferencias no justificadas entre las personas, quebrando ello principios de igualdad ante la ley al crear ciudadanos privilegiados protegidos por el Estado mediante conminaciones penales más severas que las reservadas para las injurias comunes.

El reciente texto penal español refuerza esta tendencia al descriminalizar la conducta de desacato contra los funcionarios públicos, sumándose así a los ejemplos alemán, austriaco y suizo. En el fondo entran en juego no tan solo cuestiones de contenido penal (de bien jurídico), sino también y principalmente temas de naturaleza constitucional-social como la libertad de expresión y de crítica. Los funcionarios públicos no pueden ser considerados sujetos al margen de las vicisitudes de los ciudadanos comunes, en cuanto a ser pasibles de cuestionamientos severos por sus actos o a consecuencia de los mismos. La figura del desacato se ha usado tradicionalmente como un mecanismo de presión autoritaria que no concuerda con los principios que sustentan un sistema democrático de convivencia. El debate rebasa así los estrechos marcos de si es el honor o la Administración Pública el bien jurídico tutelado(690). QUERALT, por citar un autor, es de la opinión de que los delitos de desacato son incasables con un planteamiento propio de un Estado democrático, pues suponen una transpersonalización, es decir, atribuir a las instituciones y no a las personas los atributos de estas(691).

El contenido de ilicitud del desacato se subsume perfectamente en las figuras comunes de injuria o calumnia, que es ahí donde, *de lege ferenda*, deberían contemplarse cuando la ofensa va dirigida al funcionario público(692). Sobre esto último, el Código Penal alemán, a diferencia del suizo y el austriaco, que no hacen diferencias, mediante el artículo 187-A ha considerado como una circunstancia agravante del delito de injurias cuando la ofensa va dirigida contra personas que desarrollan su actividad en «la vida política del pueblo»(693), eufemismo empleado para no referirse

(690) Al respecto, véase ÁNGELES GONZÁLES y FRISANCHO APARICIO: *Código Penal,* cit., T. VII, p. 3195, quienes defienden la permanencia del desacato como figura penal, proponiendo su perfeccionamiento técnico-legislativo.

(691) QUERALT: *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., Vol. II, p. 642.

(692) "Por lo tanto, con carácter general, los insultos a autoridades, sus agentes o funcionarios públicos, deberán tratarse en su caso como delitos comunes de injuria o calumnia, y por ello, sometidos al régimen de persecución a instancia de parte, si bien las ofensas dirigidas a funcionarios públicos por hechos concernientes al ejercicio de sus cargos solo requerirán de la previa denuncia del ofendido" (QUINTERO OLIVARES y otros: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, cit., p. 356, en referencia al caso español).

(693) Sobre el tema véase en amplitud en ÁLVAREZ VISCAYA, Maité: *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato,* Barcelona, Bosch, 1993, p. 88 y ss.

directamente a los funcionarios públicos y en cierto modo también a los servidores públicos.

La reforma alemana al texto común de las injurias y difamaciones se fundamenta en la idea de que «la finalidad de la norma se encamina a la protección del sujeto en su obrar público, teniendo en cuenta que el riesgo de padecer determinadas agresiones contra su honor aumenta considerablemente respecto a ciudadanos particulares. Por ello la permisividad de estas conductas puede llegar a poner en peligro la libertad del comportamiento político, por tanto, los fundamentos de la democracia»(694). Razones, obviamente, nada desatendibles.

En América Latina, el Código Penal de Colombia de 2000 y 1980 no regula la figura del desacato al funcionario, figura que sí se hallaba presente en el artículo 286 del viejo Código de 1837. Sin embargo, mantiene el desacato por perturbación de actos oficiales (artículo 165 del Código de 1980 y 454-C del Código de 2000).

El Congreso peruano se ha pronunciado recientemente por considerar al desacato ofensivo un supuesto comprendido en los alcances de tipicidad del delito de injurias, presupuesto que fundamenta la dación de la Ley N° 27975, que elimina del Código Penal el artículo 374, referido al desacato ofensivo.

IV. ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO(695)

La Sección III del Capítulo I (Título XVIII), que contiene las figuras delictivas peruanas de desacato, presentan las siguientes características técnico-legislativas.

El ***artículo 374***, hoy derogado por la Ley N° 27975, era un tipo de desacato ofensivo cuyo núcleo rector era el agravio a la dignidad o el decoro del funcionario público. Los medios de comisión podían ser diversos, precisando la norma dos formas: la *amenaza* y la *injuria*.

(694) Sentencia del 30 de noviembre de 1955 del Tribunal Constitucional alemán, citada por Álvarez Viscaya: *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato,* cit., p. 94.

(695) La dación de la Ley N° 27975 (29 de mayo de 2003), al derogar la figura penal de desacato ofensivo del artículo 374, ha dejado como única figura de desacato los comportamientos descritos en el tipo penal 375. Se ha preferido dejar intactos los comentarios y análisis sobre el tipo penal 374 a efectos de un marco de referencia.

Se trataba de un tipo penal que estaba condicionado al ejercicio de funciones por parte del sujeto público, poseyendo naturaleza genérica.

Era un tipo penal de actividad y peligro de comisión activa que podía asumir naturaleza omisiva. Poseía cierta complejidad en cuanto a las modalidades de comisión: *ofender con la amenaza* –ofender con la injuria– u *ofender de cualquier otra manera.*

Era un tipo penal que en cualquiera de sus tres modalidades se consumaba instantáneamente.

Poseía una forma agravada en el caso de ser el ofendido presidente de alguno de los poderes del Estado. La penalidad era elevada bajo tal circunstancia considerando lo contemplado en otros Códigos comparados.

El ***artículo 375,*** que contiene el desacato por desorden y por intromisión armada, es una figura penal de dos modalidades delictivas, de resultado la primera y de actividad la segunda, ambas de naturaleza comisiva activa. No admiten formas de realización omisiva.

Se trata de un tipo penal simple. Los verbos rectores son: *causar desorden* y *entrar armado.*

Es un tipo penal específico circunscrito a determinados espacios públicos. Su penalidad es mínima y alternativa.

V. RELEVANCIA JURÍDICA DEL DESACATO EN EL PERÚ

La figura penal del desacato tiene en el Perú un mínimo rango de vigencia práctica, a diferencia de lo que ocurrió con el anterior Código Penal de 1924.

El que los funcionarios y jueces raramente denuncien y procesen (estos últimos) por actos de desacato tiene dos explicaciones, ambas acertadas. La *primera* radica en la labor de prevención que juegan los dispositivos de control administrativo-disciplinario, que hacen innecesaria la aplicación de las normas penales. La *segunda* razón es inherente a la pérdida de vigencia histórica de una medida político-criminal autoritaria (sobre todo en la primera modalidad de desacato del Código Penal peruano).

Los pocos casos de desacato que ingresan al ámbito jurisdiccional penal usualmente son resueltos a nivel de juzgado. Son muy escasos los expedientes que ingresan a la Corte Suprema por este delito, los cuales, por lo general, van en concurso con otros tipos penales.

1

DESACATO OFENSIVO[696]
(Derogado)

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo: autoría. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamientos típicos: 1. La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender. 2. El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público. 3. El nexo funcional y el momento de comisión típica. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Penalidad. **X.** Participación. **XI.** Fases negativas del delito. **XII.** Concurso de delitos. **XIII.** Circunstancia agravante. **XIV.** Jurisprudencia extranjera: 1. Jurisprudencia española. 2. Jurisprudencia italiana. **XV.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Italia (1930). 4. Francia (1993). 5. Brasil (1940). 6. Guatemala (1973). 7. Bolivia (1972).

Artículo 374.- *«El que amenaza, injuria o de cualquier manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena no será menor de dos ni mayor de cuatro años» (texto derogado por el artículo único de la Ley N° 27975, publicada el 29/05/2003).

I. ANTECEDENTES LEGALES

El antecedente directo inmediato es el artículo 328 del Código Penal de 1924(697): «El que provocara a duelo, amenazare, injuriare o de

(696) Este tipo penal ha sido derogado por el artículo único de la Ley N° 27975, del 29 de mayo de 2003. De este modo, el desacato ofensivo ha pasado a ser un supuesto comprendido en los alcances de los delitos contra el honor regulados en el Capítulo Único del Título II del Libro Segundo del Código Penal (artículo 130 y ss.). Mantenemos este subcapítulo por cuestiones didácticas.

(697) Por su parte, el primer Código peruano, el Código Penal de 1863, ofreció el siguiente modelo: "Artículo 152: *Cometen desacato contra la autoridad:*

cualquier manera ofendiera la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con prisión no mayor de un año o multa de la renta de tres a treinta días».

La fuente extranjera de donde se copió el modelo, tanto en 1924 como en 1991, fue el artículo 244 del Código Penal argentino de 1922, el mismo que es idéntico en sus componentes típicos al artículo 328 de 1924. Con la dación del Código de 1991 fue suprimida la mención de la provocación a duelo y aumentada la penalidad, que en el Código argentino es de quince días a seis meses.

II. LA FIGURA PENAL

El legislador peruano, tanto de 1924 como de 1991, ha optado por un paradigma escueto y genérico, a diferencia de otros esquemas como el español o italiano, que reproducen en varios artículos diversas modalidades de desacato en atención a la calidad de los funcionarios y a las jerarquías(698); pero ha guardado distancias con modelos muy sintéticos como el del Código Penal brasilero (artículo 331)(699).

Cabe destacar que solo se brinda tutela penal al funcionario público, mas no al servidor público, situación que sí es contemplada, por ejemplo, en el artículo 344 del Código italiano vigente. Asimismo, tampoco se ha incorporado una figura de desacato de ente o institución pública, más conocida como desacato corporativo.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto de la tutela penal es proteger la dignidad y el prestigio de la función pública, garantizando jurídico-penalmente el debido respeto a los funcionarios públicos en ejercicio. Modernamente no se enfatiza la figura

1. Los que provocan a duelo, injurian o amenazan a un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones.
2. Los que causan grave perturbación del orden en los juzgados o tribunales, y en donde quiera que las autoridades públicas estén ejerciendo sus funciones.
3. Los que entran armados, manifiesta u ocultamente, al salón del Congreso o de cualquiera de las cámaras.
4. Los que impiden que un representante o funcionario público concurra a su cámara o despacho.
5. Los que resisten o desobedecen abiertamente a la autoridad".

(698) Véase "Legislación extranjera".

(699) Véase "Legislación extranjera".

personal del funcionario, sino su representatividad jurídica como el objeto de la tutela[700].

Es obvio que en el terreno práctico no solo se lesiona a la función pública, sino al ser humano *funcionario*, en su honor o dignidad personal, no obstante que la ubicación sistemática del tipo penal enfatice el bien jurídico «Administración Pública».

IV. SUJETO ACTIVO: AUTORÍA

Cualquiera puede serlo: un particular o un funcionario o servidor público, también un militar. No interesan los rangos o jerarquías.

V. SUJETO PASIVO

El Estado (sujeto pasivo genérico).

El funcionario ofendido (el directamente afectado).

VI. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El núcleo rector típico es: *ofender.*

El comportamiento típico del agente se desarrolla o ejecuta con el uso de medios ofensivos expresados con los verbos *«amenaza»*, *«injuria»* o *«de cualquier otra manera ofende»*.

1. La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender

No es la desobediencia, sino la ofensa el contenido principal del desacato típico del artículo 374. La ofensa es el ultraje, el irrespeto causado a la majestad oficial encarnada en el funcionario público. Al dañar o herir al funcionario se está lesionando indirectamente a la Administración Pública. El destinatario directo especial de la ofensa (el funcionario) y la lesión a la Administración Pública ha originado que en la doctrina jurídico-penal[701] se hable del desacato como una variedad singular de la injuria de

(700) Así, véase en la doctrina francesa: MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, París, Editions Cujas, 1982, p. 321 y ss.

(701) Para una exposición amplia y mejor análisis véase ÁLVAREZ VISCAYA: *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato,* cit., p. 113 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA considera que el bien jurídico protegido es el principio de autoridad y la dignidad de la función (*Derecho Penal*

la cual tiene todos sus componentes objetivos y subjetivos, además de las circunstancias específicas aludidas que lo distinguen.

Nuestro Código Penal, siguiendo el modelo argentino, técnicamente imperfecto, ha incluido dos medios comisivos específicos de ofensa (la amenaza y la injuria) y un complemento viabilizador delictivo genérico («*o de cualquier manera*»).

- ***La amenaza*** es el anunciar o poner sobre aviso al funcionario la probabilidad de ocasionarle un mal o perjuicio futuro, con el objeto de infundirle temor o intimidarle. Que esta amenaza pueda o no influir en el funcionario público es irrelevante, interesa tan solo el valor objetivo de la amenaza anunciada que se convierte en una ofensa a la dignidad del funcionario público. Tiene que tratarse de amenazas directas, es decir, dirigidas a la persona del funcionario, personaje depositario y representante de la Administración Pública.

- ***La injuria*** en nuestra legislación penal está descrita en términos de ofensa o ultraje a la persona, mediante palabras, gestos o vías de hecho. Dicho concepto es restrictivo en cuanto a los medios ofensivos utilizados con relación a la ofensa propia del desacato, que prevé el uso de cualquier otro medio. La ley penal peruana no diferencia entre injurias leves y graves. Se puede definir la injuria, con palabras de MERLE y VITU, como toda expresión ultrajante en términos de menosprecio o invectiva que contiene la declaración de un hecho preciso(702). El insulto es subsumible dentro de la injuria.

- ***De cualquier otra manera***. Al hacerse uso de este complemento comprensivo y abierto se quiere aludir a todos los mecanismos que sin constituir necesariamente amenaza o injuria ofenden la dignidad o el decoro del funcionario público. Así: las silbatinas, empujones, desplantes arrogantes de carácter público, calumnias(703), etc.

---

español. Parte especial, cit., p. 889). Véase, asimismo, la ejecutoria suprema de 10 de setiembre de 1997, Exp. N° 634-96-Cusco, que delimita el ámbito de protección de la norma penal en el delito de desacato al regular desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado.

(702) MERLE y VITU: *Traité de Droit criminel. Droit pénal spécial*, cit., p. 231.

(703) Autores argentinos como CREUS (con ciertas dudas), SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA y otros consideran que la calumnia no ingresa en el componente típico del desacato, con base en dos razones: "1) en la calumnia es siempre admisible la prueba de la verdad, y 2) porque la pena de la calumnia es siempre más grave, y no existe razón para que la calumnia tenga pena más leve

- ***Los modos de la ofensa***. Las injurias, amenazas u ofensas indeterminadas de carácter típico pueden ser hechas frente al funcionario o sin la presencia de este[704], pero llegando a conocimiento del mismo, haciéndose uso para ello de las más diversas modalidades: por escrito o a través de mensajes televisivos, radiales o cualquier medio de prensa; telefónicamente, de forma pública (difamándolo) o con el solo concurso de ofensor y ofendido; por insultos verbales o por medio de actos y gestos de parodia marcadamente ostensibles y agraviantes; por telegramas, dibujos o carteles; con el uso de la computadora, redes electrónicas, fax, etc. Es necesario, como indica SOLER, que exista dirección subjetiva de la acción[705], es decir, que el que comete desacato dirija la ofensa al funcionario público.

El contenido de la ofensa es irrelevante, se puede aludir con ella a vicios o cualidades negativas del funcionario (ser adúltero, borracho, coimero), a defectos físicos del mismo, pero siempre que estén relacionados o conectados a su desempeño funcional. Igualmente, el contenido puede estar referido a insuficiencias profesionales o funcionales, etc.

Por regla general, las ofensas contra el funcionario público son de naturaleza activa, es decir, por intermedio de actos ejecutivos, asertivos, positivizados. La posibilidad de que sean cometidos por omisión es discutible y solo referible a específicos y contados casos que afecten el decoro del funcionario, y cuando existe obligación por parte de los que ofenden de comportarse de manera distinta.

2. El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público

La ofensa típica va dirigida a lesionar la dignidad y el decoro del funcionario, obsérvese que no se habla de prestigio o reputación, ni de honor

---

cuando va dirigida a funcionario". Véase por todos FONTÁN BALESTRA: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, cit., T. VII, pp. 204-205. Cabe indicar que la calumnia en el Código Penal argentino tiene pena de 1 a 3 años (artículo 109), mientras que el desacato tiene pena de prisión de 15 días a 6 meses (artículo 244). En la legislación penal peruana, en cambio, la calumnia tiene pena menor a la del desacato (artículo 131: 90 a 120 días-multa; artículo 374: 3 a 4 años), y la prueba de verdad del artículo 134 hace referencia al delito de difamación, no al de calumnia. Por estas razones no son válidos los argumentos de los aludidos tratadistas argentinos para nuestra doctrina jurídico-penal, siendo, por lo mismo, perfectamente admisible considerar también la calumnia dentro de la frase *"de cualquier otra manera ofende"*.

(704) El artículo 341 del Código Penal italiano exige en su estructura típica la presencia del funcionario a quien se ofende, requisito que no se plantea en la legislación penal peruana o argentina. En tal sentido, la norma penal peruana es más criminalizadora que la italiana.

(705) SOLER: *Derecho Penal argentino*, cit., T. V, p. 120.

en forma expresa. Estas omisiones deliberadas del legislador ponen de manifiesto la naturaleza de la injuria del desacato, ya que no están en juego aquí consideraciones subjetivas (honor) o valoraciones públicas positivas poseídas por el funcionario (prestigio, reputación), sino consideraciones objetivas propias de la función que encarna el funcionario público.

Dignidad es la merituación objetiva poseída y debida a todo funcionario público, que nace de la investidura del cargo, con prescindencia de sus calidades personales (autoestima) o del prestigio que este tenga ganado. ***Decoro***(706) es el respeto, merecido por la función que ejerce, a todo funcionario. Se trata, como se observará, de valores objetivos que han prescindido de las consideraciones subjetivas propias del honor.

Es equívoco identificar los méritos subjetivos personales del honor con la «dignidad» contemplada en el desacato(707) o, lo que es peor, asimilar el decoro al honor.

No es condición ni elemento típico que el accionar del sujeto activo dañe o afecte la dignidad o decoro personal del funcionario público, ni requiere que se investigue o verifique el efecto lesivo; es suficiente con el direccionamiento de la ofensa efectuada por el sujeto activo del delito contra la dignidad o decoro (valores objetivos) del funcionario público, lo cual supone que la ofensa llegue a su destino, sea conocida por el destinatario. Obviamente que no serán típicas de desacato las afrentas dirigidas a las instituciones o entes públicos.

La referencia exclusiva al funcionario público es genérica, es decir, puede ser cualquiera, sin distingo de nivel, jerarquía o jurisdicción.

3. El nexo funcional y el momento de comisión típica

Requisito fundamental del desacato es que la ofensa se produzca a causa del ejercicio de las funciones del funcionario público o al tiempo de ejercerlas. Si la ofensa se realiza fuera de estos nexos o vínculos causales,

(706) El término *"decoro"* tiene usos lingüísticos afines, pero que, según el contexto de uso, pueden connotar significados distintos. En Derecho Penal (específicamente en materia de desacato) se hace alusión al respeto que impone el cargo y función del funcionario público, no así a las nociones de reserva, cautela o recato.

(707) Así, CREUS y quienes en el país suscriben acríticamente sus opiniones. El *"honor"* es un valor de difícil precisión conceptual que se presta a inacabables debates e interpretaciones justamente por su naturaleza subjetiva y opinable. Habrá tanta diversidad de conceptos de honor conforme sea la moral dominante en sectores o estratos sociales, grupos o etnias. El término *"honor"* está en la actualidad, en el lenguaje jurídico penal, en franca retirada.

no existirá delito de desacato, pudiendo subsistir la injuria o calumnia común o ser irrelevante el supuesto de hecho.

- *A causa del ejercicio de sus funciones.* Es este el primer momento de comisión típica requerida por la norma penal. Y ello alude a que la ofensa lanzada por el sujeto activo tenga como motivo y antecedente previos la realización de actos de función por parte del funcionario público y que tales actos motiven la ofensa. Este nexo de causalidad necesario entre ofensa y función practicada requiere un acto propio del cargo. Al respecto, sostiene Luigi DELPINO que en esta hipótesis el delito se configura como una agresión a la cualidad del funcionario público o como una reacción al ejercicio de la función(708). La ofensa puede abarcar, incluso, la vida privada o referirse a la personalidad del funcionario, siempre y cuando ello esté relacionado a la actividad funcional(709).

  La frase típica no puede ser ampliada a la situación de la ofensa efectuada a un sujeto pasivo que ha perdido ya la calidad de funcionario público, pues bajo esta circunstancia, como indica CREUS, faltará la trascendencia de la ofensa a la Administración Pública(710).

- ***Al tiempo de ejercer las funciones***. Este segundo momento independiente del anterior exige, a decir de ANTOLISEI, contemporaneidad entre la ofensa y el ejercicio de la función(711). La ofensa puede ser proferida ante la presencia del funcionario o sin ella, pero con la condición de que llegue a su conocimiento para ser típica y cuando dicho funcionario ejerce atribuciones, las que motivan o producen la ofensa. El nexo causal es igualmente indispensable, la ofensa tiene que producirse a consecuencia refleja e inmediata del acto funcional.

(708) DELPINO: *Diritto Penale. Parte speciale*, cit., p. 173.

(709) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 647.

(710) CREUS: *Derecho Penal. Parte especial,* cit., T. 2, p. 243. En este punto existe debate y división de criterios. Tratadistas italianos como ANTOLISEI, RANIERI, DELPINO y otros sostienen la tesis de que se consuma el delito pese a que no conserve ya la calidad de funcionario público el sujeto pasivo, pues lo principal no es el momento en que se presenta la ofensa, sino a causa de qué. En tal sentido, si la ofensa tuvo como causa el ejercicio funcional del que ahora ya no es funcionario, existirá delito de desacato. Este exceso de celo en la protección del bien jurídico tiene en realidad su *ratio legis* en el artículo 360 del Código Penal italiano, que expresamente indica que la cesación de la calidad de oficial público no excluye la existencia del delito.

(711) ANTOLISEI: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, cit., Vol. II, p. 649.

En ambos momentos tiene que existir una relación funcional, un nexo entre ofensa y ejercicio de funciones, de no ser así, el hecho deja ser típico de desacato para pasar a ser una simple injuria.

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

El delito es doloso, pudiendo ser cometido con dolo eventual o con dolo directo; en este segundo caso cuando no basta que el sujeto activo ofenda de modo genérico o impersonal, teniendo que direccionar sus actos ofensivos en función de tal o cual funcionario, conociendo tal cualidad y deseando ofender. El dolo eventual es admisible en la modalidad *«de cualquier manera»*.

El error de tipo invencible sobre la calidad del funcionario (el sujeto activo desconoce que está ofendiendo a un sujeto público) convierte la figura en un hecho atípico de desacato, pudiendo subsistir el tipo penal de injurias.

El tipo no requiere necesariamente del elemento subjetivo del *«animus iniuriandi»*.

No se castigan formas culposas de desacato.

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma cuanto la ofensa llega a conocimiento del sujeto pasivo (el funcionario público). No es exigible que el funcionario público se haya ofendido.

Las formas de tentativa son admisibles en las modalidades que consten de actos fragmentables. Así, en las ofensas a distancia o las realizadas fuera de la presencia directa del funcionario público (por medio de la prensa, telegramas, cartas, televisión, etc.).

IX. PENALIDAD

Pena privativa de libertad de 2 días a 3 años.

X. PARTICIPACIÓN

Cabe todo tipo de complicidad de particulares, funcionarios servidores, al tratarse el delito de desacato de un delito atribuible a particulares, es decir, a particulares *per se* y a funcionarios o servidores que jurídicamente son considerados como particulares a efectos de estos delitos.

XI. FASES NEGATIVAS DEL DELITO

- No constituyen actos de desacato las críticas severas formuladas a los funcionarios públicos, por el medio que se trate, sobre su rendimiento y deficiencias funcionales.
- No constituyen delito de desacato las discusiones y la amenaza de una de las partes de denunciar al funcionario por la comisión de delito(712).
- Igualmente, no constituyen actos ejecutivos de desacato las censuras públicas o privadas a los actos funcionales del funcionario.
- Tampoco es hecho típico de desacato las ofensas personalísimas que afecten el honor o la intimidad del funcionario desligadas de un acto funcional, ya sean hechas en el local del servicio o fuera de él.
- Las ofensas hechas al funcionario público a causa o en el ejercicio de sus funciones tienen que observar características de idoneidad lesionadora, no pueden estar sujetas a criterios subjetivos o voluntaristas, ni tratarse de leves desplantes, miradas, gestos de disgusto o reprobación (principio de lesividad).
- Opera como causal de justificación de la antijuridicidad del hecho el actuar en cumplimiento de un deber (por ejemplo, el deber de informar o de expresión) o en ejercicio legítimo de un oficio o cargo.
- El desacato administrativo no es típico de la figura penal en estudio, por tratarse de infracciones a título de faltas disciplinarias.

Nuestro Código Penal no contempla la *«exceptio veritatis»*, es decir, la prueba de la verdad del contenido de la ofensa que exoneraría de responsabilidad penal, que sí se halla en el Código Penal de Guatemala (artículo 413) y en una versión derogada del Código argentino (Ley N° 17567 y Ley N° 21338), así como en la versión de 1870 y 1928 del Código Penal español.

XII. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de injuria (artículo 130).
- Con el delito de calumnia (artículo 131).

(712) Ejecutoria superior de la Sala de Apelaciones con Reos Libres de Lima, de fecha 13 de junio del 2000, Exp. N° 11-00.

- Con el delito de difamación (artículo 132).
- Con el delito de violación de la intimidad (artículo 156).

XIII. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

Agrava el injusto de la figura de desacato el hecho de que el sujeto pasivo directo del delito sea el presidente del Estado, del Poder Legislativo, electoral o Judicial, lo que aumenta los extremos mínimo y máximo de la pena de 2 a 4 años.

XIV. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Por considerarlo de interés, reproducimos aquí algunos lineamientos jurisprudenciales españoles e italianos sobre el tema del desacato. Los primeros corresponden a los anotados en la obra de CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte general* (T. I, 1936), mientras que los segundos han sido extraídos de un repertorio jurisprudencial italiano publicado bajo la dirección de Luigi ALIBRANDI (1995).

1. Jurisprudencia española

- No hay desacato en las ofensas entre autoridades.
- Si el ofensor, aun siendo autoridad, obra como persona privada, hay desacato.
- Comete este delito el que en acto público arroja un tomate contra persona que encarna autoridad.
- No hay desacato si el ofendido no es autoridad en el momento del hecho.
- Puede cometerse delito de desacato aun después de haber cesado la autoridad en su cargo, cuando la calumnia, injuria o insulto se le infiere con ocasión de las funciones que ejerció.
- Sin la presencia del ofendido no hay desacato, aun cuando la ofensa tenga lugar en público.
- No constituyen desacato las expresiones ofensivas para un juez que se consignan en el escrito de queja dirigido a la audiencia.
- Si las palabras injuriosas han sido empleadas por el acusado no con ánimo de injuriar, sino con el de defender sus derechos, no hay desacato.

2. Jurisprudencia italiana

a) El elemento subjetivo

- En el tema del ultraje al oficial público, el *elemento subjetivo está constituido por la conciencia* que tiene el agente de la potencialidad ofensiva de la frase pronunciada y de la voluntad de dirigirla al sujeto pasivo del delito, no siendo relevante el motivo o los fines a los cuales tiende la ofensa, los cuales pueden ser tomados en consideración únicamente a los fines de conceder las atenuantes genéricas (Cass. pen., sez VI, 3 febbraio 1986, n. 1227).

- Para la consumación del delito del ultraje al oficial público *no se requiere la deliberada intención de ofender el honor o el prestigio* del oficial público, es suficiente la conciencia del significado ofensivo del propio comportamiento (Cass. pen., sez VI, 20 gennaio 1992, n. 475).

- El hecho de que una expresión ofensiva sea frecuente en el lenguaje popular, no la priva de su contenido ultrajante, siendo suficiente para el delito el dolo genérico (Cass. pen., sez VI, 3 marzo 1984, n. 2044).

- En el delito de ultraje a oficial público, las expresiones ofensivas pronunciadas en *estado de embriaguez* son de todos modos idóneas para ofender, porque el estado de embriaguez no excluye la imputabilidad ni el dolo, en la hipótesis en la cual el sujeto activo –a causa de su estado– no habría tenido la conciencia de encontrarse en presencia de un oficial público (Cass. pen., sez VI, 12 ottobre 1985, n. 9015).

b) El elemento objetivo

- El delito de ultraje al oficial público se configura *como delito pluriofensivo* que lesiona el prestigio tanto de la Administración Pública cuanto de la persona física que la representa (Cass. pen., sez VI, 19 aprile 1993, n. 116).

- En tema de ultraje, el *nexo causal entre la ofensa y el ejercicio de la pública función* subsiste todas las veces que, sobre el plano objetivo, exista correlación entre la actividad ultrajante del reo y la actividad en concreto desarrollada por el funcionario, independientemente del contexto más o menos ocasional o del motivo que puede haber provocado o determinado la intervención y el ejercicio de la función (Cass. pen., sez VI, 29 ottobre 1985, n. 9966).

- El mero enlace de frases *injuriosas al estatus militar* no hace funcionar la hipótesis del delito de ultraje, si tal conexión no se inserta al específico ejercicio de aquellas públicas funciones que, en la actividad militar, son expresiones del cumplimiento de una función pública (Cass. pen, sez VI, 12 maggio 1989, n. 7102).
- Para la existencia del delito de ultraje es suficiente la posibilidad de escuchar, de parte del oficial público, las expresiones ofensivas a él dirigidas (Cass. pen., sez VI, 30 dicembre 1985, n. 12547).
- Uno de los elementos constitutivos del delito de ultraje es la presencia del sujeto pasivo, para lo cual no es indispensable el contacto físico o visible entre ofensor y ofendido, es suficiente que este último se encuentre a una distancia que le permita percibir, también estando en otro ambiente vecino, la ofensa a él dirigida (Cass. pen., sez VI, 12 giugno 1972, n. 883).

XV. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 244: *Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas.*

La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el Presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas nacionales o un juez».

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 240: *Cometen desacato los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, en su presencia o en escrito que les dirijan.*

Si la calumnia, la injuria, el insulto o la amenaza fueren graves, se impondrán las penas de prisión menor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas, y si no lo fueren, las de arresto mayor y multa de 100,000 a 200,000 pesetas.

Si el culpable fuere funcionario público, jerárquicamente subordinado al ofendido, se le impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo anterior, y si no existiera subordinación jerárquica, se impondrán en su grado máximo aquellas penas».

«Código Penal de España (1973), artículo 241: *El funcionario público que, hallándose su superior jerárquico en el ejercicio de su cargo, lo calumniare, injuriare, insultare o amenazare de hecho o de palabra en su presencia o en escrito que le dirija, será castigado con la pena de prisión menor, si la calumnia, insulto, injuria o amenaza fueren graves, y con la de arresto mayor si no lo fueren.*

Si el funcionario culpable no estuviere subordinado jerárquicamente al ofendido, se impondrán en su grado mínimo las penas señaladas en el párrafo anterior».

«Código Penal de España (1973), artículo 242: *Incurrirán en la pena de prisión menor los que injuriaren o amenazaren gravemente a los ejércitos o a sus instituciones, armas, clases o cuerpos determinados.*

Cuando las injurias o amenazas a que se refiere el párrafo anterior no fueren graves se impondrá al culpable la pena de arresto mayor o multa de 250,000 a 500,000 pesetas».

«Código Penal de España (1973), artículo 244: *Los que, hallándose un Ministro o una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ellos dirigido, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 100,000 a 1,000,000 de pesetas*».

«Código Penal de España (1973), artículo 245: *Se impondrá la pena de arresto mayor a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la Autoridad, en su presencia o en escrito que les dirigieren*».

3. Italia (1930)

«Código Penal de Italia (1930), artículo 341: Oltraggio a un pubblico ufficiale.- *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un pubblico ufficiale, in presenza di lui e a causa o nell' esercizio delle sue funzioni, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.*

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritto o disegno, diretti al pubblico ufficiale, e a causa delle sue funzioni.

La pena è della reclusione da uno a tre anni, se l'offesa consiste nell' attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate quando il fatto è commesso con violenza o minaccia, ovvero quando l'offesa è recata in presenza di una o più persone».

«Código Penal de Italia (1930), artículo 342: Oltraggio a un Corpo politico, amministrativo giudiziario.- *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un Corpo politico, amministratitvo o giudiziario, o di una rappresentanza di esso, o di una pubblica Autorità costituita in collegio, al cospetto del Corpo, della rappresentanza o del collegio, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.*

La stessa pena si applica a chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica, o con scritto o disegno, diretti al Corpo, alla rappresentanza o al collegio, a causa delle sue funzioni.

La pena è della reclusione da uno a quattro anni se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Si applica la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo precedente».

«Código Penal de Italia (1930), artículo 343: Oltraggio a un magistrato in udienza.- *Chiunque offende l'onore o il prestigio di un magistrato in udienza è punito con la reclusione da uno a quattro anni.*

La pena è della reclusione da due a cinque anni, se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.

Le pene sono aumentate se il fatto è commesso con violenza o minaccia.

«Código Penal de Italia (1930), artículo 344: Oltraggio a un pubblico impiegato.- *Le disposizioni dell'articolo 341 si applicano anche nel caso in cui l'offesa è recata a un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio; ma le pene sono ridotte di un terzo».*

«Código Penal de Italia (1930), artículo 345: Offesa all'Autorità mediante danneggiamento di affissioni.- *Chiunque, per disprezzo verso l'Autorità, rimuove, lacera, o, altrimenti, rende illeggibili o comunque inservibili scritti o disegni affissi o esposti al pubblico per ordine dell' Autorità stessa, è punito con la multa fino a lire un milione».*

4. Francia (1993)

«Código Penal de Francia (1993), *Section* 4 - *De l'outrage*, artículo 433-5: *Constituent un outrage puni de 500 000 F d'amende les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l' exercise ou à l'occasion de l'exerce de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie.*

Lorsqu'il est adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique, l'outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende.

Lorsqu'il est commis en réunion, l'outrage prévu au premier alinéa est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 F d'amende, et l'outrage prévu au deuxième alinéa est puni d'un emprisonnement et de 100 000 F d'amende».

5. Brasil (1940)

«Código Penal de Brasil (1940), artículo 331: *Desacatar funcionário publico no exercício da função o em razâo dela:*

Pena – detenção, de 15 (quinse) dias a 6 (seis) meses, e multa».

6. Guatemala (1973)

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 411: *Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los presidentes de los organismos del Estado, será sancionado con prisión de 1 a 3 años».*

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 412: *Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de 6 meses a dos años».*

«Código Penal de Guatemala (1973), artículo 413 (Prueba de la imputación): *Al acusado de injuria contra funcionario o autoridades públicas se le admitirá prueba sobre la verdad de la imputación si se tratare de hechos concernientes al ejercicio de su cargo. En este caso será absuelto si probare ser cierta la imputación».*

7. Bolivia (1972)

«Código Penal de Bolivia (1972), artículo 162: *El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de 1 mes a 2 años.*

Si los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vice-Presidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema, o de miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad».

2

DESACATO MEDIANTE DESORDEN

SUMARIO: I. Antecedentes legales. **II.** La figura penal. **III.** Bien jurídico protegido. **IV.** Sujeto activo. **V.** Sujeto pasivo. **VI.** Comportamiento típico: actos ejecutivos: 1. Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas de las asambleas regionales de los concejos municipales o de los tribunales de justicia, u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones. 2. Entrar armado en dichos lugares. **VII.** Elemento subjetivo. **VIII.** Consumación y tentativa. **IX.** Participación. **X.** Penalidad. **XI.** Concurso de delitos. **XII.** Legislación extranjera: 1. Argentina (1922). 2. España (1973). 3. Colombia (1980).

Artículo 375: *«El que causa desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las Cámaras Legislativas, de las Asambleas Regionales, de los Concejos Municipales o de los Tribunales de Justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones o el que entra armado en dichos lugares, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas».*

I. ANTECEDENTES LEGALES

El artículo 329 del Código Penal de 1924 contempló el desacato por desorden pero circunscrito de manera específica a las salas de sesiones de las cámaras y de los tribunales de justicia, agregando luego un complemento genérico «o dondequiera que las autoridades estuvieren ejerciendo sus funciones»[713].

(713) Código Penal de 1924, artículo 329: *"El que causare desorden en las salas de sesiones de las Cámaras de los Tribunales de Justicia o dondequiera que las autoridades públicas estuvieren ejerciendo sus funciones, o el que entrare armado en dichos lugares, será reprimido con prisión no mayor de 1 año o multa de la renta de 3 a 30 días".*
Véase también el texto del artículo 152 del Código Penal de 1863.

Las fuentes extranjeras que sirvieron de base legal de inspiración para la fórmula peruana fueron el artículo 241 (inciso 1) del Código Penal argentino y 246 bis del Código Penal español.

II. LA FIGURA PENAL

La figura penal peruana contempla dos modalidades especiales de desacato (por desorden y por intromisión armada), a imagen del Código de 1924, pero ha incluido otros objetos de la acción delictiva (sala de sesiones de las asambleas regionales, de los consejos municipales). En realidad, el tipo penal, con las transformaciones constitucionales y la no implementación de la regionalización política, ha quedado como un modelo penal de cumplimiento parcial, aplicable solo a la sala de sesiones del Congreso, consejos municipales y tribunales de justicia, además del complemento genérico: «u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones».

Es necesario indicar que el primer supuesto típico del artículo 375 está considerado como un atentado contra la Administración Pública en el Código Penal argentino, y como figura de «desorden público» (diferente por naturaleza y ubicación sistemática al desacato) en el Código Penal español de 1973.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico o, en otras palabras, el objeto de la tutela penal, es garantizar el regular y normal funcionamiento de la Administración Pública en determinados ámbitos o lugares donde ordinariamente los entes públicos, consignados en el tipo penal, desarrollan sus funciones, protegiéndolo de los comportamientos ofensivos señalados que obstaculicen su desarrollo. Específicamente se busca cautelar la libertad y el debido respeto a los citados entes públicos señalados.

IV. SUJETO ACTIVO

Es sujeto activo cualquiera, un particular, un funcionario o servidor público, y de estos últimos, incluso el funcionario o servidor que pertenezca a algunos de los cuerpos colectivos públicos designados en el tipo penal. Cabe coautoría y autoría mediata.

V. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es el Estado.

Los entes institucionales mencionados en el tipo –no los funcionarios públicos– constituyen en específico los órganos agraviados.

VI. COMPORTAMIENTO TÍPICO: ACTOS EJECUTIVOS

El tipo ha integrado específicamente dos modalidades de ofensa a la dignidad de los entes colectivos pertenecientes a la Administración Pública, que pueden darse juntos o por separado.

1. Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los concejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones

- *El núcleo rector:* causar desorden es la alteración o perturbación del estado normal del desenvolvimiento de la actividad funcional en los recintos públicos señalados. El núcleo rector expresa un resultado de desorden, esto es, de confusión, desasosiego, ocasionado con el comportamiento del sujeto activo del delito, y que indispone el desarrollo de las prácticas habituales de la función pública. No interesa la forma como el sujeto activo del delito cause el desorden, anunciando la presencia de una bomba, ingresando a viva voz, efectuando mítines, dirigiendo el desorden desde fuera, etc. De ahí se deriva la importancia de precisar mediante el análisis de tipicidad si realmente el comportamiento causó el desorden (consumación del delito) o solo produjo una tentativa de desorden (actos ejecutivos de tentativa).

- *Lugar físico de la comisión delictiva:* el tipo penal ha circunscrito el espacio físico del comportamiento típico a la sala de sesiones de los mencionados entes o instituciones públicas y a otros lugares donde las autoridades públicas ejercen sus funciones. Esta taxatividad hace atípica la figura penal si el desorden se produce en lugar distinto o cuando no exista aún ejercicio de funciones en los lugares señalados (Congreso aún no reunido, cuerpo de regidores que todavía no ingresan a sesión, audiencias de tribunal aún no iniciadas, etc.). 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 a los lugares donde los funcionarios 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.).

Por lo tanto, el lugar físico donde deberá producirse el desorden típico es tanto la sala de sesiones de los entes públicos nominados (ámbito restrictivo) o también el lugar donde la autoridad (funcionario público de decisión y poder) ejerza sus funciones; se entiende en este segundo caso las oficinas públicas y los lugares *ad hoc* o extraordinarios (excepcionales o informales) que designen las autoridades de los entes señalados.

– *La taxatividad de los sujetos pasivos institucionales:* el tipo penal es uno especialmente elaborado para garantizar el orden, conminando con penas alternativas cuando los hechos de desorden se produzcan en los entes públicos taxativamente designados (tipo penal cerrado), es decir, en el Congreso, los consejos regionales, municipales y tribunales de justicia. Incluir otras instituciones en el contenido del tipo resulta erróneo, dado el carácter restrictivo del tipo penal.

El problema de interpretación que suele presentarse al analizar el sentido de la norma es si la frase *«u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones»* es un referente agregado a los entes públicos contenidos en el tipo penal, de tal manera que aumente en forma amplia y genérica su número, o, en cambio sea una prolongación por defecto de la frase *«sala de sesiones»*, con la cual se halla vinculada directamente. Obviamente que ni el Congreso ni la Asamblea Regional es un lugar. No queda dudas de que la segunda interpretación es la más pertinente.

El desorden es un resultado provocado por el sujeto activo del delito, esto es, una realidad objetiva, una perturbación de la actividad funcional ya iniciada, no un exceso de susceptibilidad de los servidores o funcionarios que laboran en el recinto, por lo mismo, deberá tratarse de un desorden grave. Si, pese a la idoneidad de los actos causales tendientes a producir desorden, este no se produce, el delito quedará en fase de tentativa.

2. Entrar armado en dichos lugares

¿A cuáles lugares hace mención el segundo supuesto de hecho típico de la figura 375 del Código Penal?

La respuesta es evidente y está contenida en la descripción de los lugares o ámbitos determinados especiales hecha en el tipo penal, no siendo aquí requerible que se produzca el resultado desorden.

Entrar armado es el acto de ingresar a dichos recintos premunido de un arma(714), es decir, de un instrumento cualquiera que reúna requisitos de suficiencia e idoneidad para atacar o defenderse físicamente, ya sea armas de fuego, armas blancas o instrumentos que puedan servir como tal (machetes, sables, cuchillo, etc.). No resulta subsumible en la frase *entrar armado* las armas aparentes por inidoneidad absoluta(715). Se sobreentiende que para los efectos del tipo penal rige un concepto amplio y no restrictivo de arma. Que el sujeto tenga autorización para portar arma de fuego, con excepción de los cuerpos militares o policiales autorizados, no le autoriza a portarla en dichos recintos.

No interesa que el sujeto haya tenido o no la intención de hacer uso o servirse de su arma, ni que la lleve oculta o la tenga en la mano, blandiéndola, cogiéndola o apuntando; el delito igualmente se habrá consumado(716).

VII. ELEMENTO SUBJETIVO

Ambas modalidades requieren de dolo. El tipo no ha previsto ninguna intención en particular ni ningún reforzante subjetivo (*«a sabiendas»*, *«con el fin de»*, *«para»*, etc.).

VIII. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El causar desorden es una modalidad delictiva de naturaleza activa, instantánea y de resultado, no requiere propósito de ofender, la ofensa esta implícita en el acto mismo, en la objetividad del desorden. Admite tentativa.

Entrar armado es un delito de peligro de simple actividad de naturaleza activa, es impensable modalidad omisiva. La tentativa es de difícil presentación dependiendo de que el acto de entrar armado se frustre (caso de delito frustrado), quedando a criterio judicial su relevancia penal dado el mínimo de injusto contenido en esta forma imperfecta de consumación.

(714) Véase *supra,* p. 564 y ss.

(715) El tipo penal se refiere al hecho de entrar armado, sin hacer alusión expresa al efecto amenazante o intimidante, por lo mismo, será relevante penalmente que el arma se halle escondida o jamás se use. La majestad del escenario público de por sí es incompatible con la presencia no autorizada de armas.

(716) A diferencia de lo que ocurre con el uso de armas aparentes que juegan un efecto intimidatorio en los alcances de la primera agravante del artículo 367, aquí, en el desacato por intromisión, sería sobrecriminalizador considerarlas incluidas en la comprensión del término *"armas"* si es que no se va a dar la posibilidad real de su uso.

IX. PARTICIPACIÓN

Caben todas las formas de complicidad.

X. PENALIDAD

Penalidad alternativa: privación de libertad de 2 días a 1 año o prestación de servicio comunitario de veinte a treinta jornadas.

Se trata, pues, de un injusto penal de mínima criminalización punitiva, razón por la cual, y sobre todo en el primer supuesto (causar desorden), para ciertos casos es considerado como falta en otras legislaciones penales(717).

XI. CONCURSO DE DELITOS

- Con el delito de atentado contra autoridad (artículos 365 y 368).
- Con el delito de tenencia ilegal de armas (artículo 279).

XII. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

1. Argentina (1922)

«Código Penal de Argentina (1922), artículo 241: *Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:*

1. *El que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;*
2. *El que sin estar comprendido en el artículo 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones».*

2. España (1973)

«Código Penal de España (1973), artículo 246 bis: *Los que produjeren tumulto o turbaren gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier Autoridad o Corporación, en algún colegio electoral, oficina o establecimiento público, en*

(717) Véase, por ejemplo, el artículo 569 del Código Penal español de 1973.

espectáculos, solemnidad o reunión numerosa serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100,000 a 500,000 pesetas.

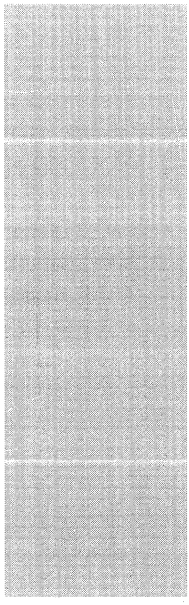
Los que sin pertenecer a un centro docente, realizaren en el mismo actos que perturben o tiendan a perturbar su normal actividad, a menoscabar la libertad de enseñanza o a provocar la desobediencia a la Autoridad académica, serán castigados con la pena de prisión menor».

3. Colombia (1980)

«Código Penal de Colombia (1980), artículo 165: Perturbación de actos oficiales. *El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años».*

ANEXO

JURISPRUDENCIA PENAL EXTRANJERA Y NORMATIVA INTERNACIONAL



JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA(*)

I

CONSIDERACIONES PREVIAS DE PARTE GENERAL

1. Concepto jurídico penal de funcionario público

Se olvida que la cualidad de funcionario público del agente es un concepto jurídico-penal cuya interpretación auténtica facilita el propio CP en el artículo 119 bastando, a estos efectos, con la participación legítima en la función pública que en el procesado concurría indiscutiblemente como se demuestra por las facultades que tenía sobre los caudales a los que la sentencia se refiere, sin que, por otra parte, se discuta la relación existente entre los caudales o efectos dispuestos y las facultades a él atribuidas, como ya quedó dicho (STS del 19 de junio de 1991).

2. Error de prohibición

Como señala la sentencia de 2 de noviembre de 1987, el error es por su propia naturaleza una situación personal en la que se encuentra el que lo sufre, pero aunque ello sea en sí algo subjetivo, sin embargo, no se puede admitir sin más, su existencia, sino que, para su apreciación, tendrán que valorarse tanto las circunstancias subjetivas, facultades cognoscitivas y perceptivas del agente, como, y singularmente, las circunstancias objetivas concurrentes en el caso enjuiciado, y, con ambas, se verificará un juicio de referencia, con el hombre medio, es decir, la generalidad de las personas colocadas en idéntica situación que permitirá apreciar el grado de vencibilidad del error, a efectos de determinar si este es invencible, es decir, el que cualquier persona hubiese padecido, si se encontrase en la situación del sujeto activo, o por el contrario, vencible en tanto en cuanto

(*) Los extractos de la jurisprudencia española anterior al año 2000 han sido tomados en su gran mayoría del libro colectivo *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, de Luis BEYNETEZ MERINO, Joaquín BURKHALTER THIÉBAUT, Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO y varios, Madrid, 1997.

pudo haber sido evitado, informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o del significado del hecho.

Cualquier funcionario municipal que desempeñe unas actividades semejantes a las que ostentaba el recurrente, hubiera podido conocer sin más esfuerzos que el que se deriva de un ordenado desempeño de su cargo, todas las disposiciones vigentes en materia de retribuciones y no resulta ni verosímil ni admisible que actuase en la creencia de que le correspondía el coeficiente y los trienios. Resulta su tesis todavía más increíble si tenemos en cuenta que era el propio procesado el que confeccionaba las nóminas y el que se asignó (según se desprende indestructiblemente del hecho probado), un sueldo que no le correspondía, por lo que no le cabe ampararse en el error ni vencible ni invencible, lo que provoca la desestimación del motivo (STS del 26 de enero de 1993).

3. Delito continuado

Puede sostenerse que se dé un supuesto de malversación continuado con una pluralidad de acciones, el cobro de los tres talones, cuando aquellos encierran un solo acto (no se realizó en tres ocasiones), sin que pueda distinguirse tampoco lapsos de tiempo en la percepción de aquellos, al verificarse en el propio establecimiento bancario, y con cargo a la misma cuenta corriente, por lo que mal puede hablarse de la figura del delito continuado, que exige diversidad de acciones, y en un ámbito temporal, que no concurre en el comportamiento del procesado, más en todo caso, tendrían que sumarse las cantidades de cada uno de los tales, al ser el global resultante, el perjuicio total causado, pues sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad, tiene un indudable carácter patrimonial, incluso con una modalidad del delito de apropiación indebida, cualificado por la cualidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído (cfr. STS 29 febrero 1988), y, por tanto, llegaríamos al mismo resultado primitivo (STS del 26 de junio de 1989).

4. Inaplicabilidad de la atenuante de arrepentimiento espontáneo

La aplicación de dicha circunstancia no es compatible o conciliable con la semiexcusa o atenuante específica del párrafo 2º del artículo 396 del texto penal: el reintegro de los caudales o efectos aplicados a usos propios dentro de los diez días siguientes al de la incoación del sumario, constituye un objetivado arrepentimiento que no puede tener doble eficacia atenuatoria, lo que no es óbice para que pueda apreciarse la circunstancia 9ª del artículo 9 en el marco del artículo 394 si se dieran las condiciones o requisitos que la misma reclama (*vid.* SS 15 abril 1943 y 19 diciembre 1981) (STS del 6 de abril de 1989).

5. Atenuante analógica por separación extemporánea

Por regla general en la doctrina de esta Sala ha venido primando el elemento temporal o cronológico, pero no lo es menos que no faltan precedentes

jurisprudenciales de aplicación de la circunstancia analógica a la reparación tardía, tanto con carácter general (S 3 mayo 1978) cuanto con relación al delito de malversación tipificado en el artículo 394 del CP (S 13 abril 1965). Lo decisivo es que en la atenuante específica de arrepentimiento su fundamento esencial radica en razones de política criminal y este mismo fundamento es el que evidentemente existe en la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 396 del CP. Obviamente, la reparación extemporánea no puede operar la aplicación de la semiexcusa absolutoria contemplada en el precepto últimamente citado; pero sí puede y debe actuar como atenuante analógica muy cualificada con la intensidad prevista en la regla 5ª del artículo 61 del CP y que se concertará en la segunda sentencia a dictar a continuación; por lo que procede la estimación de este primer motivo impugnativo (STS del 5 de junio de 1990).

6. Participación del *extraneus*

Los cohechos también son descritos con toda precisión en la narración fáctica, tanto en relación con quienes, mediante dádivas, corrompieron, o intentaron corromper, como autores o cooperadores necesarios, a los funcionarios públicos para incorporarles a la comisión del delito contra la salud pública (art. 423 CP), como respecto de aquellos de estos que las aceptaron y participaron en dicha comisión delictiva (cohecho pasivo del art. 419 CP). Se precisa sobre el sujeto activo y la participación, que en el delito de cohecho no se requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello solo se le exige al autor. Tal es la doctrina del Tribunal Supremo: el no cualificado (*extraneus*) puede ser partícipe en el delito del cualificado (*intraneus*). El *extraneus* que colabora con el autor de un delito de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal para beneficio del *intraneus* ejecuta, por regla general un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria, entendiendo que la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como la circunstancia modificativa y porque se rompería el título de imputación (STS del 1 de julio de 2010).

II
MALVERSACIÓN DE CAUDALES

1. Malversación de fondos: precisiones sobre el nuevo modelo legislativo

Es cierto que el delito de malversación de caudales ha sido modificado por la reforma operada en la LO 1/2015. Esta modificación es relevante pues, siguiendo el modelo germánico que tanto ha influido en reciente reforma, se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art. 252) y apropiación indebida (art. 253) a los que se remite de modo expreso el nuevo artículo 432 cuando tengan por

objeto el patrimonio público. Esta modificación, que parece responder al mero mimetismo pues es sabido que al no existir propiamente en Alemania un delito específico de malversación de caudales públicos los supuestos correspondientes se tienen que resolver mediante la aplicación del tipo de administración desleal (art. 266 StGB), puede provocar problemas interpretativos, pues como ha señalado acertadamente en la doctrina, la modalidad de malversación construida por mera remisión a la administración desleal del patrimonio privado puede generar distorsiones al no ser totalmente equiparable la finalidad de la gestión del patrimonio público y privado (STS N° 797/2015, del 24 de noviembre).

2. Componentes de tipicidad del delito de malversación

Para la configuración del delito de malversación deben concurrir como elementos: 1. Un sujeto activo que sea funcionario público; 2. Un elemento objetivo que consiste en unos caudales o efectos públicos que no es preciso estén realmente incorporados al patrimonio público, bastando con que sea su destino que pasen a engrosar ese patrimonio; 3. Existencia de una especial relación entre el agente y los caudales que deben estar a disposición del primero, precisamente en razón de su cargo, 4. Una conducta del agente consistente en, con ánimo de lucro, apropiarse de los caudales o efectos públicos o permitir que otra persona los sustraiga (STS del 2 de febrero de 1998).

3. Facultad decisoria del funcionario público

El requisito relativo a la facultad decisoria sobre los bienes no requiere que los caudales sean entregados por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyen a un cuerpo de la Administración, bastando, con que los caudales hayan llegado a poder del funcionario con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente desempeña como funcionario del órgano en el que se produce la malversación (STS del 14 de mayo de 1992). Quien en el ejercicio de una función pública recibe la orden de guardar unas determinadas cantidades económicas afectadas de la naturaleza de caudales públicos viene obligado a realizar fielmente su función, entre o no, en los cometidos del cuerpo administrativo al que corresponde, siempre que no exista razón de incompetencia debidamente expuesta y que suponga la expresa renuncia a la encomienda comunicada. En los términos de la STS del 27 de mayo de 1993, *basta que el funcionario tenga la posibilidad de la disposición de caudales públicos sea en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa, sea a causa de una situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura* (STS del 26 de diciembre de 2002).

4. Facultad decisoria y tener a su cargo bienes

La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las

disposiciones legales o reglamentarias que disciplina las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido –en tal sentido STS 2193/2002, del 26 de diciembre–. En el mismo se ha entendido que *tener a su cargo* no solo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones –STS 1368/1999, de 5 de octubre– en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas (STS N° 1608/2005 del 12 de diciembre).

5. Bien jurídico protegido

Bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos. Refiriéndose la doctrina moderna a la pluriforme protección por estos delitos contra la Administración Pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución (STS del 5 de abril de 2002).

6. Caudales públicos: precisiones

En numerosas resoluciones se plantea el importante tema de cuando un caudal, sea dinerario o de objetos patrimoniales, adquiere la nota de público a efectos de poder constituir el objeto típico del delito de malversación en el caso que sea apropiado o distraído. Cuestión que adquiere singular trascendencia en los casos en que el funcionario público, al interponerse en la vía normal del ingreso en las arcas públicas de una cantidad o cosa destinada a tal fin, impide con su apropiación que se produzca el ingreso efectivo propuesto. Problema que debe ser resuelto con la aplicación de dos conceptos jurídicos: el de destino o afectación de la cosa, de modo que no se hace preciso el ingreso formal de la misma en el inventario de bienes públicos, siendo suficiente su destino en entrega para tal fin público para estimar adquiere ya esa condición; y el del carácter del funcionario, como persona individual que actúa en nombre y por cuenta de la Administración, que como ente o persona jurídica no puede obrar materialmente ni poseer por sí misma, sino que ha de hacerlo a través de las personas físicas que tienen como función actuar en su nombre, de tal manera que en el mismo momento en que un funcionario recibe una cosa para ser ingresada en el erario público, esto es, destinada al ente en cuyo nombre ejerce su función, no es quien la posee, sino que es la Administración la que la recibe a través de su funcionario que actúa como mero servidor de la posesión y en nombre de aquella. Esta es la doctrina jurisprudencial, que ha venido definiendo los caudales públicos como todos aquellos que hayan llegado a poder del funcionario en razón de las funciones que concreta y normalmente desempeña, debiendo afirmarse por ello la

pertenencia del dinero o los efectos de la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado sin que quepa exigir una efectiva incorporación al erario público (STS del 30 de mayo de 1994).

7. Caudales y tentativa en el delito de malversación de caudales

A los efectos del delito de malversación deberá entenderse por caudales públicos todo bien mueble susceptible de una valoración económica, así como la distracción de bienes o servicios públicos, cuyo importe corra a cargo de la Administración. Desde esta perspectiva, en caso de enajenación de aprovechamientos urbanísticos de propiedad municipal a precio irrisorio puede entenderse factible la subsunción de tal conducta en el ámbito del delito de malversación propia en cuanto podrían incluirse en el concepto de efectos públicos. Pero en el presente caso se considera que el delito no se ha consumado, y admitiendo el delito de malversación la forma imperfecta de tentativa, a lo más que podría llegarse es a calificar los hechos en grado de tentativa de malversación de caudales públicos, sin embargo, habiendo sido aplicado a los mismos el delito de fraude a la Administración *ex* artículo 436 CP nos encontraríamos con que el desvalor de la acción ya ha sido subsumido en el primero de los delitos citado. El delito de fraude es un delito de simple actividad y no precisa la efectiva realización del perjuicio sino su persecución. Respecto a la persecución del *extraneus* en este delito, antes de la reforma de la LO 1/2010 se entendía que este delito de fraude era un delito especial (...). El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado (STS N° 277/2015, del 3 de junio).

8. Ánimo de lucro propio ajeno en el delito de peculado: precisiones

El ánimo de lucro, ha de ser interpretado como propósito de cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno y siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el deseo de enriquecer a los terceros, pues en cualquier caso estas finalidades últimas son ajenas al tipo. En consecuencia, el hecho que la recurrente dispusiera ilícitamente de fondos públicos en beneficio de terceros, consciente de que les proporcionaba un enriquecimiento, provecho o ventaja ilícitos en perjuicio del patrimonio municipal, integra el ánimo de lucro, con independencia de que el fin último sea el de conceder una mera liberalidad para beneficiar a una compañía y así facilitar ilícitamente la instalación de la empresa en la comarca. Pues lo requerido por el tipo es que la conducta enjuiciada incluya un propósito de enriquecimiento o ganancia que, puede ser, directa para el sujeto público implicado, bien indirecta cuando su interés radique en propiciar el lucro de un tercero a costa del erario público, ya que tal interés tendría, en todo caso, una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos (STS N° 797/2015, del 24 de noviembre).

9. Bien jurídico protegido

La malversación de caudales públicos supone una infracción de evidente trascendencia patrimonial que, sin embargo, en más de una ocasión se ha movido dentro de la mayor confusión cuando no del desconcierto que su propia naturaleza jurídica comporta.

Aunque se ha llegado a definirla como un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza estatal, finalmente se ha impuesto su consideración autónoma e independiente, desligado de otras infracciones punibles.

Contemplándose el patrimonio a la luz de una función puramente administrativa, tampoco cabe duda que el objetivo perseguido con su sanción es la protección de bienes jurídicos, diferentes. Son los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas, o entes públicos, lo que prima cuando de estudiar la malversación se trata (STS del 27 de setiembre de 1991).

10. Quebrantamiento de la lealtad del funcionamiento

Los diversos tipos legales de malversación propia de caudales públicos, ofrecen como nota común a todos ellos, la afección general a los intereses patrimoniales del Estado, o de los demás entes públicos al patrimonio público, quebrantándose en aquellos, el deber de fidelidad o lealtad del funcionario respecto a la Administración de la que depende (STS del 12 de enero de 1990).

11. Quebrantamiento de depósitos y alzamiento de bienes

El embargo trabado, la designación de depositario, la aceptación del cargo con todas sus consecuencias, y el ilícito acto dispositivo llevado a cabo en cuanto al objeto trabado, son y constituyen requisitos imprescindibles y constituyentes de la figura delictiva que, con un manifiesto impulso expansivo, traslada los efectos y consecuencias del tipo base a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (STS del 9 de febrero y 13 y 25 octubre 1993; 10 marzo, 30 septiembre y 15 octubre 1994; y 26 mayo 1995, entre otras muchas).

En resumen, la designación, la aceptación, el conocimiento y la disposición son los ejes necesarios y precisos para saber exactamente, cómo debe ser en el Derecho Penal, del delito de malversación impropia.

De otro lado, el alzamiento de bienes del artículo 519, como delito de mera actividad y de riesgo, o de resultado cortado, no precisa en modo alguno de la presencia de un depositario de bienes concretos, por la sencilla razón de que ahora no existen bienes depositados. En esta infracción se considera, por medio de la actividad que desarrolla el sujeto activo, la fuga de bienes, la falsedad de

una conducta, el engaño a terceros y el perjuicio en fin respecto de quienes son legítimos acreedores.

Una conducta que pretende la desaparición engañosa del propio caudal, bien entendido que la infracción subsiste a pesar de que la ocultación, o las operaciones pertinentes para configurar, enmascarar o camuflar la intención dolosa, se originen en el momento en el que el crédito todavía no fuera vencido ni exigible. De ahí que en tal sentido nada impida que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, se realice un verdadero alzamiento de bienes a medio o por medio de cualquier preparación previa para disimular o facilitar ese fraude (STS del 26 de febrero 1990 y 6 de marzo 1991).

Se ha dicho que independientemente de que se proteja indirectamente al acreedor respecto de las ilícitas disposiciones patrimoniales provocadas generalmente por el deudor, es suficiente la intención de perjudicar a los acreedores a través de fraudulentas obstaculizaciones en la vía de apremio, en tanto que el perjuicio real pertenece no a la fase de consumación y perfección delictiva, sino a la de su agotamiento. Lo que ocurre es que, como en tantas infracciones, el ánimo, la intención o el deseo de defraudar legítimos derechos de los acreedores, ha de inferirse, como elemento subjetivo del injusto, de cuantos datos, externos e internos o signos reveladores, fundamenten el dolo criminal (S 7 abril 1992). Ahora son otros los elementos integradores de la infracción. El crédito, generalmente preexistente, la ocultación del activo, real o ficticiamente, la intención de defraudar las legítimas expectativas del acreedor, y la total o parcial insolvencia con la disminución, también real o ficticia del propio patrimonio que dificulta el cobro crediticio (SS 19 febrero y 20 enero 1993), son los elementos constitutivos del tipo penal. Obviamente la sustracción o la desaparición de los bienes nada tiene que ver con la necesidad de un previo depositario. Luego tal depositario o la ausencia de pruebas en cuanto a la actividad desarrollada por el acusado para hacer desaparecer los bienes, son los objetivos a los que los dos motivos interpuestos con base en el artículo 849.2 procesal se dirigen.

Al efecto, ha de tenerse presente la doctrina consolidada en virtud de la cual la Sala Segunda regula y condiciona cuanto se refiere al error en la valoración de las pruebas según documento que no solo han de ser válidos, sino que además no han de estar contradichos por otros medios legítimos de prueba (STS del 20 de febrero de 1996).

12. Diferencia entre el uso y la apropiación definitiva

Dentro de la malversación se incluyen aquellas conductas de apropiación definitiva de cantidades públicas y, separadamente, las que suponen un apartamiento de la finalidad a que estaban asignadas, aplicándolas a usos distintos, pero sin intención de hacerlas suyas.

La diferencia entre el delito del artículo 396, que la recurrente pretende se aplique, y el del 394 radica, básicamente, en el elemento subjetivo. En este último el sujeto activo del delito quiere apropiarse definitivamente de los caudales y su reintegro constituiría, o podría constituir, en su caso, una circunstancia de atenuación, la 9ª del artículo 9, que actuará como simple o como cualificada según la intensidad y la extensión de la misma.

En cambio, en el supuesto del artículo 396 del CP, el funcionario distrae los caudales, no con ánimo de hacerlos suyos, sino de usarlos durante un cierto tiempo. Cuando, en este último supuesto, no se produce el reintegro, el hecho no cambia de naturaleza. Se tratará de un hurto de uso que, por razones de política de protección de la Hacienda Pública, se punirá con la misma pena que si la sustracción hubiera tenido una intencionalidad de hacer definitivamente suyos los caudales. Pero el reenvío penológico no cambia en absoluto la significación del hecho, en el mismo sentido que, por vía de ejemplo, sucedería si un supuesto de hurto mandara el legislador que se castigue con la pena del robo (STS del 23 de noviembre de 1993).

13. Precisiones de tipicidad

El delito de «malversación de caudales», recogido en el capítulo X del Título VII del Libro II del CP mediante el establecimiento o tipificación de varias dispares figuras delictivas, como infracción cualificada por el «abuso de confianza estatal, oficial o pública» y por la protección de los diversos intereses económicos de los también distintos entes públicos, centrando la atención en su «poliforma tipificación», según indica pacífica y reiterada doctrina de la Sala y así, *ad exemplum*, la contenida en las SS de 2 de marzo de 1992, 25 de septiembre de 1992 y 25 de enero y 6 de junio de 1994 y Auto de 4 de mayo de 1994, requiere para su apreciación y nacimiento a la vida jurídica de los siguientes elementos: *a)* un funcionario público como «sujeto activo» (con la excepción del caso previsto en el art. 399 del CP), cualidad funcional suministrada por el artículo 119 del CP, bastando a dichos efectos penales, con la participación en una función pública, siendo indiferente o inocuo, por puramente tangencial, la temporalidad del cargo y la vía o vehículo empleado para el nombramiento, siempre que este sea legal con arreglo a la normativa vigente (Ley de la Función Pública); *b)* unos «caudales» (o efectos) «públicos» (susceptibles de evaluación económica), como «objeto material» sobre el que se desarrolla la «acción» descrita en cada figura, y *c)* la especial relación del «sujeto», en el sentido de que aquel ha de tener este a su cargo o a su disposición por razón de sus «funciones», con facultad decisoria jurídica o de detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en primer caso, que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; pudiendo consistir el desvío de los caudales, bien la «sustracción» o «consentimiento» para ello (art. 394 del CP), bien en un «abandono» o «negligencia inexcusable», que dé ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395), una aplicación a «usos» propios o ajenos (art. 396), «negativa a hacer entrega» de la cosa a la autoridad

que la embargó o depositó (art. 398) y, por fin, «disposición» de los caudales embargados por el «depositario», sin orden de la autoridad que acordó la traba (art. 399) (STS del 1 de febrero de 1995).

14. Presupuestos del delito

Respecto al delito de malversación de caudales públicos, previsto y penado en el artículo 394 del CP y se relacione, o no, con el artículo 399 de dicho cuerpo legal, este Tribunal, en la importante S de 29 de febrero de 1988, tiene declarado que los presupuestos de la mencionada infracción, son los siguientes: *a)* la cualidad de funcionario público del agente, concepto suministrado por el artículo 119 del CP bastando, a efectos penales, con la participación en una función pública; *b)* una facultad decisoria jurídica o de detención material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal en primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; *c)* los caudales (dinero, valores o efectos) han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, o para la adscripción producida por la receptación de aquellos por parte de funcionario legitimado (órgano o representante de la mentada Administración), sin que se precise su efectiva incorporación al erario público; y *d)* «sustrayendo» o «consintiendo que otro sustraiga», equivaliendo, sustracción, a apropiación sin propósito de ulterior reintegro, apartando los bienes de su destino, o desviándoseles del mismo, no exigiéndose (aunque normalmente le acompañe), un ánimo de lucro (STS del 31 de enero de 1991).

15. Innecesidad de que en el nombramiento se consigne la tenencia a su cargo de caudales públicos

El delito de malversación requiere que la aprobación de caudales o efectos públicos sea realizada por un funcionario que los tenga a su cargo. Por el contrario, no es requisito de este delito que el nombramiento del funcionario exprese de una manera particular que entre las funciones a desempeñar estaba la de tener a su cargo caudales o efectos públicos. Una exigencia como esta no se desprende ni del artículo 119 del CP, que define al funcionario, ni del texto del artículo 394 del CP, en él se caracteriza el hecho punible. El artículo 119 del CP requiere simplemente la participación del ejercicio de funciones públicas de una manera genérica y el artículo 394 no impone como condición más que de ser funcionario y tener a cargo los caudales o efectos. La argumentación básica de la Defensa sugiere que este «tener a cargo» no puede ser considerado como un elemento de hecho, sino como consecuencia de una función específica del cargo ocupado. Pero, este punto de vista no puede ser aceptado, dado que el delito de malversación constituye un hecho punible cuyo elemento decisivo es el quebrantamiento de la confianza depositada por la Administración en el funcionario, lo que no depende de que los caudales estuvieran a su cargo por decisión contenida en el nombramiento, sino de que, en su condición de funcionario, haya tenido de hecho una función de custodia de los mismos (STS del 4 de abril de 1991).

Por otra parte, es preciso distinguir entre el nombramiento de funcionario y la función específica que el funcionario debe cumplir, esta función específica opera con un factor concreción de sus deberes en relación a su especial situación administrativa. El «tener a cargo» los caudales constituye, en este sentido, una de las funciones posibles que un oficial administrativo puede cumplir. Cuando se da tal situación, se concreta respecto de él la especial relación de confianza cuyo quebrantamiento genera la infracción del deber que caracteriza al delito del artículo 394 del CP (STS del 4 de abril de 1991).

16. Concepto jurisprudencial de caudales públicos

Es constante la doctrina de esta Sala (entre otras anteriores, SS 29 febrero 1988, 26 junio y 10 octubre 1989) en orden a que la condición pública de los caudales se deriva de igual modo tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades prescritas como cuando, percibidas las cantidades por el funcionario, surge en el ente público el derecho expectante a su entrega y real ingreso en las arcas públicas (STS del 11 de mayo de 1990).

17. Irrelevancia del título de posesión de los caudales

Cuestión de especial relieve, es la referencia a si la tenencia de los caudales, por parte del funcionario ha de provenir de una competencia específica por razón del ámbito de sus funciones atribuidas, o si es suficiente que aquellos se hallen a disposición del funcionario en atención a sus atribuciones generales, habiéndose producido la entrega como incidencia y en relación con el ejercicio de la función pública. Aun cuando existe alguna resolución discordante, es doctrina reiterada de esta Sala (cfr. SS 17 enero 1966, 23 diciembre 1967 y 20 octubre 1970), la de que no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figure adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

La última de las resoluciones citadas, comprende en el tipo de la malversación, aquellos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no se le estuviere atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales, por resultar suficiente el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, siendo bastante que el funcionario que ejerce un servicio y detente unos bienes públicos, abuse de la confianza en él depositada y deje indefenso al organismo (STS del 26 de junio de 1989).

18. Papel de pagos de multas de tráfico

Gira el desarrollo de la alegación, en que el procesado no tenía encomendada la custodia de los expedientes despojados del papel de pagos, por lo que el acceso a los mismos fue materialmente como el que cualquiera pueda tener a algo ajeno que esté a su alcance.

Este razonamiento es sofístico, los expedientes no fueron saqueados por cualquiera, sino por un funcionario de la oficina en que obraban y lo que posibilitó su acceso a aquellos fue su empleo en dicha dependencia. El motivo debe respetar los hechos probados, y de ellos tenemos el carácter de funcionario de la Jefatura de Tráfico, que los expedientes se referían a multas de Tráfico, que el recurrente los cogió y retiró los efectos representativos de valor numerativo, y que los vendió, que estaban a su alcance por razón de su empleo, y que concurre el supuesto de tenerlos a su disposición (uno de los dos que se configuran en el artículo 394) lo demuestra el que, en efecto, dispuso de ellos. Concurren todos los elementos, el carácter de funcionario, el tener a su disposición efectos públicos y el apropiárselos con móvil lucrativo (STS del 9 de marzo de 1990).

19. Relevancia de ánimo de apropiación definitiva o provisional

La diferencia entre el delito del artículo 394 y el del artículo 396 reside en el elemento subjetivo, dolo, propósito, intención que, como interno hay que inferir de la conducta exteriorizada, con criterios razonables conforme a la sana lógica y experiencia común. Entre ambas figuras delictivas existen elementos comunes: el sujeto funcionario (en el amplio sentido del art. 119), el objeto "caudales públicos" (en el momento de apropiárselos, etc.), la acción de detraerlos de su custodia y fin públicos para desviarlos al área de disponibilidad privada del funcionario infiel (propia o ajena). Pero en el segundo caso y es esta la causa esencial de la distinción, tal desviación es transitoria, temporal no hay (o el legislador lo presume así a favor del agente, deduciéndolo de su actuación posterior) intención de incorporación irreversible al peculio personal, solo un uso limitado temporalmente. En ese lapso se confundieron con su patrimonio.

En rigor lo que hay en este artículo 396 es un estímulo de política penal para que el autor rectifique a tiempo, una excusa ya que no absolutoria sí atenuatoria con el fin de primar con una pena no privativa de libertad sino de derecho concretos la restitución, con el fin manifiesto de evitar perjuicios definitivos a la Hacienda Pública. Si en el caso más grave del 394 no importan las aplicaciones privadas en que se volatilizaron los fondos, menos aún importa en este en que tendrían menor significación pues que en fin de cuentas serían pasajeras, recuperándose el efectivo, aunque el sujeto haya extraído de otros capítulos de su actividad económica (incluso de préstamo o donación ajena); lo que cuenta en la recuperación, aunque venga forzada por la reclamación oficial.

En los hechos están todos los elementos del delito, todo, incluso ese dolo atenuado de disponibilidad temporal. Al legislador le importa que el dinero vuelva al área pública de la que no debió salir, no por qué canales discurrió en el entretanto; uso propio es hasta ponerlo bajo un ladrillo en previsión de necesidades futuras imaginarias (o en poder de una monja para que no lo roben, como aquí se ha dicho en el proceso).

En el fondo, la experiencia común y la psicología penal saben que el malversor más normal empieza siempre por el tipo del 396, como un «préstamo» a corto plazo, luego se va engolfando en una cadeneta de extracciones, incluso en la ilusa esperanza de desquitarse y reponer y va entrando en la espiral del artículo 394 para al verse descubierto tratar de volver al supuesto del 396 si puede por sí o por ayuda de otros (S 9 de febrero 1989, por ejemplo). Pero la Ley cierra los ojos y se da por contenta con que este «hijo pródigo» administrativo reintegre lo así «distraído»; la pena viene así a ser simbólica y más bien medicinal y preventiva de recaídas inmediatas.

Frente al *animus rem sibi habendi* del 394, de lucro propiamente dicho (S 26 junio 1989), hay solo un *animus utendi* en el 396. Pero es intrascendente el uso concreto que no es elemento *sine qua non* del delito y mucho menos esencial como pretende el recurrente.

La calificación se ha ajustado a Derecho y si en la sentencia hay «deducciones» sucesivas como se arguye no serían precisamente contra el reo sino a su favor, como sostiene en su recurso la parte acusadora, como veremos. Y no hace falta ninguna presunción para concluir que el funcionario que retuvo en su ámbito privado fondos ajenos durante años cometió este delito, es la consecuencia lógica de un hecho probado notorio (STS del 10 de abril de 1992).

20. Malversación impropia o extensiva. Fundamento del delito

La llamada malversación impropia que tipifica el referido proceso, tiene su inicial fundamento en que las personas inculpadas han de carecer de esa cualidad funcionarial, rompiendo así con la regla general establecida en el capítulo X, del Título VII, relativo a la «Malversación de caudales públicos», bastando por ello que la persona inculpada realice actos de gestión de fondos públicos; en segundo término, es indiferente la procedencia de esa labor de gestión, pues a estos efectos; la norma no distingue cuando expresa que el encargo ha de ser «por cualquier concepto», es decir, da igual que el nombramiento o designación del gestor se haga de forma reglamentaria o de manera informal, ya que el tipo delictivo incluido en el precepto tiene su verdadera *ratio* sancionadora, no en la raíz o procedencia de un determinado nombramiento, sino en el hecho de que la persona designada para esa gestión (con nombramiento regular o irregular) después incurra en la acción delictiva que de manera genérica establece el artículo 394 del CP (sustraer caudales o efectos públicos que tenga a su cargo) (STS del 6 de junio de 1989).

21. Diferencia entre la malversación propia y la impropia

Como es sabido, dentro del delito de malversación de caudales públicos, existe la propia referida a quienes tienen la consideración de tales caudales y a funcionarios públicos como sujeto activo del delito, y la impropia que solo por una doble ficción se extiende a bienes que naturalmente no tienen la consideración de públicos, y a personas como sujeto pasivo que son particulares y que solo a los efectos de su puntual intervención como depositarios judiciales, se les atribuye la bendición de funcionarios públicos (STS del 22 de octubre 1986, entre las recientes).

Por consiguiente, tal distinción de especies delictivas bajo un mismo *nomen iuris*, que ya remontan al peculado romano y al crimen de *residuis*, solo tiene de común el deber de fidelidad a la función en el manejo de fondos públicos o a ellos asimilados (S 27 marzo 1987, entre otras). Es decir, que así como en la primera de dichas especies malversadoras predomina el carácter patrimonial del delito, aunque no se agota en ello su contenido, como lo comprueba la posibilidad de cometerlo por acción u omisión, dolosa o culposamente, lo que niega el ánimo de lucro fundamental en todas las especies de delitos patrimoniales de enriquecimiento, en la malversación impropia lo que en realidad es más relevante, es aquel deber de fidelidad, deber que se refiere pensando que se trata de un depósito judicial sobre bienes asimilados a los públicos con expresa obligación ya no solo de conservarlos bajo custodia y vigilancia (deber inherente a todo depositario), sino de tenerlos en todo momento a disposición del Juez que decretó su embargo o secuestro, de modo que la traslación de lugar de los bienes, sobre todo si no se da cuenta de ello en tiempo oportuno al Juez que constituyó el depósito, y no se obtiene la autorización del mismo, quebranta tal deber de conservación del depositario y la obligación de puesta a disposición cuando sea requerido para su entrega por la Autoridad judicial (STS del 13 de febrero de 1990).

22. Requisitos configuradores de la malversación impropia

Constituye una doctrina pacífica de esta Sala que la extensión que el artículo 399 del CP realiza a los «administradores o depositarios o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, junto con otros supuestos que el precepto menciona, supone la denominada «malversación impropia», en que el sujeto no tiene la condición de funcionario público, y falta en los caudales su condición pública. El legislador ha «extendido» las disposiciones de la malversación propia en que el autor es funcionario, al menos en el sentido del artículo 119 del CP, y los efectos o caudales son públicos, a otros supuestos en que ni el sujeto activo ostenta tal condición, ni los bienes alcancen tal carácter. Tal es el caso del depositario de un bien propio o ajeno embargado. Pues bien, según una reiterada doctrina jurisprudencial (SS 2 marzo 1992; 943/93, 30 abril; 503/94, 10 marzo, y 1668/94, 20 septiembre, por citar entre las recientes) constituyen los requisitos configurados de tal «malversación impropia»: *a)* un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque tales bienes sean de pertenencia de particulares; *b)* una persona designada depositaria

de los bienes, en este caso por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege* el ejercicio de la función pública para cumplir su misión; *c)* la aceptación del cargo por el depositario, tras ser informado de su nombramiento y debidamente advertido de las obligaciones contraídas, con obligación de conservar los bienes a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia y depósito; y *d)* un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir, bien en la «sustracción» o «consentimiento» para ello (art. 394), bien en un «abandono o negligencia inexcusable» que da ocasión a que se efectúe la sustracción por otra persona (art. 395), una aplicación a «usos» propios o ajenos (art. 396), «aplicación diferente» a aquella a que estuvieran destinados (art. 397), «negativa a hacer entrega de la cosa a la autoridad que la entregó o depósito» (art. 398) y cuantas formas más específicas puedan imaginarse para sustraer tales bienes del destino que por razón de la traba tenían reservados en el procedimiento, en donde se acordó el embargo, secuestro o depósito.

Esta tipicidad impone, pues, la aceptación del cargo por parte del depositario de los bienes embargados. Se trata de un administrador, infiel, al igual que en el artículo 394 del CP (SS 23 marzo 1991, 25 septiembre 1992 y 326/94, 14 febrero): por otra parte, el principio de culpabilidad, como expresó la S de 8 de febrero de 1990, a la luz de la redacción operada por el artículo 1 del CP por LO 8/83, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del CP, requiere respecto a este delito un conocimiento completo de los elementos integrantes de la infracción penal [art. 1 6 bis *a)* del mismo texto] y exige, en definitiva, que el depositario actúe con conocimiento y voluntad del alcance de su acción para lo cual debió ser informado de manera clara y precisa y de forma expresa de la naturaleza del cargo asumido y de sus correspondientes obligaciones (STS del 26 de mayo de 1995).

III

COHECHO

1. Tipificación del cohecho y principio administrativo de proscripción de percepción de donativo

La tipificación del delito de cohecho parte del principio administrativo según el cual ningún funcionario puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo a los presupuestos generales del Estado. En la tipificación del delito de cohecho se distingue entre la conducta de quien pretende corromper y la del funcionario que la recibe. En esta distinción se parte de la existencia de un pacto, escrito o no, por el que una persona soborna o acepta el ofrecimiento del funcionario público y otra el funcionario, quien acepta el presente, o realiza el ofrecimiento determinante de la corrupción (STS del 3 de febrero de 2009).

2. Bien jurídico

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho afirma la STS de 31 de julio de 2006 es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública y el consiguiente prestigio de la función. Así, en general, los delitos de cohecho son infracciones contra la integridad de la gestión administrativa al dejarse llevar el funcionario por móviles ajenos a su misión pública como lo es el hecho ilícito y, por su parte el particular ataca el bien jurídico consistente en el respeto que debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado (STS del 14 de marzo de 2012).

3. Delito bilateral

En nuestra legislación, como es bien sabido, el cohecho es un delito de carácter bilateral que exige el convenio o cooperación entre las dos personas que necesariamente han de intervenir en él y el conocimiento por parte de ellas del acto punible, justo o injusto, de donde se infiere que tal especie delictiva no puede tener existencia real si faltan o no concurren esos actos conjuntos, voluntarios y maliciosos que suponen la dádiva o promesa, solicitada u ofrecida, de ejecutar o abstenerse de cumplir o practicar un funcionario público los cometidos concernientes al ejercicio de su cargo; y como esto es lo que ocurre en el caso de la presente contienda en la que con todo lujo de detalles se describen las conductas observadas por el recurrente y por el otro procesado, que en síntesis consistieron en limitarse este a entregarle a aquel en dos ocasiones distintas la cantidad total de tres mil pesetas para que activase en una agencia o gestoría administrativa la cancelación de sus antecedentes penales, lo que era imprescindible para la renovación del permiso de armas que le estaba a punto de caducar, es claro que con tales hechos no cometió el primero el delito de cohecho que la Sala sentenciadora califica y pena con error, puesto que si los actos de tal cancelación, que fueron para los que el dinero se entregó, no entraban dentro de las competencias funcionales de aquel, es indudable que falta en este punto el acuerdo de ir destinada tal cantidad a graficar la ejecución de un cometido propio del desempeño del cargo de policía, y, por lo tanto, no existe el contrato o convenio ilícito a que el cohecho se contrae que es el de realizar o el de abstenerse de ejecutar o cumplir un funcionario público un acto propio de competencia (STS del 18 de setiembre de 1986).

4. Favor carnal

Para estimar viable el recurso e infringido por el Tribunal *a quo* el artículo 386 del CP sería preciso, en primer lugar, materializar absolutamente las provisiones del precepto, entendiendo que toda la multiplicidad de conceptos referidos al medio utilizado para corromper por cohecho, dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, se reduce a uno solo: dinero o cosa material valorable directamente, lo que la Ley no dijo, por el contrario, la variedad de términos es mucho más amplio y se refiere en general a todo aquello que puede ser buscado por los apetitos

humanos y si aun materializado la dádiva, que es a la única que a los artículos 385 y 386 enlazan con un valor económico, los otros tres conceptos, ya en el texto legal, no son engarzados con tasación alguna, tipo para la multa, debiendo atenderse, también a que presente en su significado idiomático es tanto como don o regalo y el don nunca se limitó a materiales o económicas configuraciones, ni menos el ofrecimiento, o la promesa; tan amplios que para limitarlos habría que incluir en el precepto legal una demarcación reducida a ofertas o promisiones de cosas materiales y si, pues, la LP maneja en el capítulo IX, Título VII del Libro II unos conceptos tan latos que abarcan a percepciones, peticiones o asechanzas de todo género encaminados al cohecho, no puede quedar fuera la solicitud, realizada por un funcionario, de favores carnales, no tipificado en otros lugares más concretos del Código, para remunerarlos con la realización de un acto relacionado directamente con el ejercicio de un cargo oficial por el peticionario, siquiera su función fuese interina y accidental, pero no por ello menos cierta y real (STS del 25 de octubre de 1961).

5. Examen de conducir

Sostiene que su conducta, en relación con el delito de cohecho, ha sido indebidamente conceptuada como autoría, habiendo debido serlo como complicidad. Pretensión, por cierto, inacogible si se recuerda la definición legal de una constante doctrina emanada de esta Sala, y se repasan brevemente los actos imputados a este recurrente en el resultado de hechos probados de la sentencia impugnada. Manuel P., tras aceptar la sugerencia de José Ángel T. (y cerrar con él, en consecuencia el inicial y decisivo pacto remuneratorio) puso su condición de profesor de una auto-escuela y las facilidades que su situación le brindaba al servicio de la empresa delictiva entre ambos urdida y, a tal efecto, buscaba a los individuos que, por estar adecuadamente preparados, podían presumiblemente superar los exámenes teóricos, les entregaba el impreso oficial en que habían de redactar las contestaciones al cuestionario y los documentos de quienes eran suplantados en su personalidad, avisaba a T. quiénes habían de ser admitidos pese a llevar documentación ajena, recibía el dinero que entregaban los que de este modo fraudulento aprobaban el examen (aunque a veces les indicaba a quién habían de entregárselo) y finalmente repartía el ilícito lucro, ora con el funcionario corrompido, ora con el mismo y el intermediario José Luis R. No es necesaria una larga reflexión para rechazar enérgicamente la tesis de que los actos relatados no pertenecen al núcleo esencial del delito de cohecho ni confieren al que los lleva a cabo el verdadero y más pleno señorío de la acción en su globalidad, por ejercicio de un cargo oficial por el peticionario, siquiera su función fuese interina y accidental, pero no por ello menos cierta y real (STS del 25 de octubre de 1961).

6. Corrupción de funcionario público

Se sostenía que no puede corromper a un funcionario público quien ofrece o entrega dádiva al ya corrompido, ahora se alega que, no habiendo sido

determinante, por dicha razón, la intervención del recurrente, su conducta no debe incardinarse en la categoría de la autoría sino en la complicidad. La pretensión es inacogible por la imposibilidad dogmática de identificar la actuación de este recurrente con la propia del cómplice. En primer lugar, como ya se ha dicho en el párrafo anterior, lo decisivo para que una conducta presuntamente constitutiva de cohecho sea integrable en el tipo delictivo que describe el artículo 391 del CP, no es que aquella provoque la corrupción del funcionario público, a modo de «estado» en que el mismo quedaría a consecuencia de la acción, ya que el mismo desvalor jurídico se realiza cuando se incide, reforzándolo y manteniéndolo, en el comportamiento, ya venialmente corrompido, del funcionario como lo demuestra, por otra parte, la misma dicción del mencionado precepto que equipara a los que corrompen o intentan corromper a los funcionarios públicos y a los que aceptan sus solicitudes, pues es innegable que quien solicita dádiva o presente por ejecutar un acto relativo al ejercicio de su cargo es ya un funcionario corrompido. En segundo lugar, la complicidad ha de consistir siempre, desde un punto de vista objetivo, en el desempeño de funciones accesorias o secundarias con respecto a la conducta y al resultado descrito en el tipo legal (SS 17 febrero 1983 y 9 julio 1984, entre otras muchas) y no en la realización de actos que, como los atribuidos a este recurrente, se inscriben en el núcleo más definitorio y esencial de la figura delictiva (STS del 28 de octubre de 1986).

7. Sobornos a policías

Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos, es incuestionable que el hecho atribuido al recurrente de pretender, sin conseguirlo, sobornar a los Guardias Civiles del puesto de Requejada, lo fue en grado de consumación, ya que el empleo del vocablo «intentaren», de que hace uso el precepto citado, no requiere de la aceptación de la dádiva por parte del funcionario, sino la simple pretensión de que la acepte por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, y esto sentado es claro que, habiéndolo entendido así la Sala sentenciadora, que lo hizo con apoyo en una reiterada doctrina jurisprudencial contenida entre otras en SS 11 de diciembre de 1950, 14 de abril de 1952, 31 de octubre y 8 de noviembre de 1955 y 16 de enero de 1967, resulta inconcuso que no quebrantó la Ley, sino que la aplicó como debía (STS del 7 de octubre de 1985).

8. Consumación

Se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 358 del CP. Alegando (...) que el delito de cohecho es un delito bilateral que presupone un convenio entre las personas que necesariamente han de intervenir en él y que la falta de bilateralidad en el caso de autos lo demuestra el hecho de que no hayan sido condenados los receptores o destinatarios de la petición de dádiva y además, porque el procesado no pidió el dinero para él, sino para entregárselo a los perjudicados por los anteriores delitos contra la propiedad, más la procedencia de desestimar

el motivo se halla plenamente justificada por las razones siguientes: *a)* Porque frente a lo que alega el recurrente, es lo cierto que la doctrina mayoritariamente hoy día entiende que aunque para cometer el delito de cohecho se requiere la intervención de más de una persona, no puede reputarse como un delito bilateral que requiere el acuerdo de voluntades, pues se debe entender cometido el delito en grado de consumación (en cuanto que no es posible, dada su estructura, admitir formas imperfectas de ejecución), en cuanto se atenta al bien jurídico protegido como es la confianza de los ciudadanos en la correcta administración de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, de modo que la lesión y, en consecuencia, la consumación se ha de reputar producida, en cuanto se hace la petición o se reciba la dádiva, como condición para omitir el cumplimiento del deber, o en cuanto se ofrece con la misma finalidad y del relato fáctico aparece que el recurrente solicitó de los autores de los anteriores delitos contra la propiedad y de sus familias la entrega de la cantidad de cuarenta y cinco mil pesetas a cada uno de los dos autores de dichos delitos, como «única forma de evitar la cárcel y arreglar las cosas»; y *b)* porque consumado el delito es irrelevante el destino posterior que pueda darse a la dádiva recibida, pero además, el motivo al alegar el destino que pensaba darle el recurrente incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3 de la LECrim, que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación, dado que en la sentencia recurrida se sienta como dato fáctico, el que el propósito del inculpado «era el de obtener un beneficio inmediato» y que «el único propósito del acusado consistía en lucrarse» (STS del 18 de enero de 1993).

9. Momento consumativo

En todo caso y con independencia de los distintos momentos en los que se produce la consumación del delito de cohecho en los respectivos supuestos o modalidades de cohecho activo y pasivo, existe un momento consumativo común a las dos modalidades referidas como es aquel en el que tiene lugar la aceptación o recepción de la dádiva, por lo que al parecer del resultado de hechos probados que tal recepción tuvo lugar, carece de trascendencia los términos en los que se haya producido la petición, es decir, según que se haya hecho en forma más o menos intimidativa, aparte de que todo supuesto de solicitud de dádiva por el funcionario conlleva en sí mismo un elemento de coacción o de intimidación ya sea expreso o tácito (STS del 4 de octubre de 1988).

10. Relación con la exacción ilegal

Dada la estrecha relación que el delito de exacciones ilegales tiene con los cohechos y estafa, ya que de estos últimos, el primero de ellos se comete cuando se exige el pago al particular dándole a conocer la ilegalidad del mismo, y el segundo cuando a la persona a quien el pago le es exigido se le hace creer, con engaño, que es legítimo o debido, un extendido sector doctrinal entiende que los Tribunales deben de encajar los hechos delictivos en alguna de las dos referidas

modalidades delictivas siempre que las circunstancias lo permitan en vez de en la figura que contempla el artículo 402 del CP, ya que la aplicación de este precepto implica, indudablemente, un trato de privilegio para el funcionario (STS del 12 de febrero de 1986).

11. Acto relacionado con el cargo

Aunque el motivo se centra en la aplicación del artículo 391 y no en la del 385, ambos del CP, siendo en este último en el que fue subsumida la conducta del recurrente A, y estando el primero aplicado en relación con dicho artículo 385, es lo cierto que la fundamentación del recurso se basa en la propia inexistencia del delito de cohecho penado, al entender que los actos ejecutados lo fueron al margen de la condición de funcionario de dicho A, y de las actividades propias de su cargo, por lo que la voluntad impugnativa habrá de extenderla a la aplicación indebida de ambos artículos 385 y 391 del CP.

Lo primero que debe resaltarse es que los términos y correspondientes contenidos materiales que en las respectivas hipótesis típicas de los artículos 302 y 385 (y siguientes) del CP se contienen, son diferentes (STS del 4 de abril de 1994).

12. Cohecho por abstención de acto

El artículo 387 del CP, en virtud del cual viene condenado el recurrente exige que sobre la concurrencia del sujeto activo del delito propio del de cohecho, regulado en el capítulo IX, del Título VII del Libro II del CP bajo la rúbrica general de «delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», este solicite o reciba dádiva por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. De forma que en el primer supuesto, su conducta tiene una doble faceta: 1º Solicitar. 2º Abstenerse. Por tanto, en este supuesto el delito quedaría integrado por tres elementos: 1º Solicitar dádivas, regalos o presentes. 2º Abstenerse de un acto propio de su servicio o función o atribución. 3º Que el mismo acto lo debiera realizar en el ejercicio de los mismos. En suma habría una actividad y una omisión, ambas dolosas, teñidas del conocimiento del motivo de la entrega o de la solicitud del regalo, consumándose el delito, bien con la solicitud, bien con la conformidad con la oferta del regalo, conocimiento, pues, y voluntad de incurrir en la deslealtad que supone la abstención del ejercicio de las funciones que según su cargo debe practicar, con fines corrupción (ver SS 30 enero 1950, 28 junio 1962, 7 abril 1981, 15 marzo 1982 y 16 mayo 1984, entre otras) (STS del 30 de abril de 1985).

13. Abstención en el ejercicio del cargo

No se contenta el Tribunal sentenciador con afirmar que ha existido un «reiterado comportamiento abstencionista» de todo el proceso constructivo, sino que alude seguidamente a la trasgresión de dichos deberes a favor de la concesionaria

y constructora al señalar que todos los informes fueron favorables, desde el emitido para la adjudicación de la concesión, hasta las propuestas de modificaciones sin adoptar ninguna medida para vencer su renuncia a presentar el necesario proyecto técnico, reiteradamente exigido por el Ayuntamiento, y el evacuado para la sustitución de la mediana arbolada que obedecía más al interés de la empresa que a la conveniencia del interés público.

No es tarea ardua establecer la relación o conexión de estas complacientes abstenciones, que permitieron a la empresa constructora realizar las obras sin obstáculo alguno y con infracción de las condiciones establecidas, y la actitud obsequiosa de la constructora que se concretó en el regalo del vehículo con la finalidad de premiar o recompensar la laxa conducta del ingeniero en sus funciones de control y supervisión, de suerte que aparecen perfectamente dibujados los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal aplicado (STS del 16 de setiembre de 1994).

14. Entrega de presentes a funcionario con posterioridad al acto

Si bien es harto censurable y merece reprobación en el orden moral el hecho de ofrecer presentes a los funcionarios públicos en consideración a sus cargos, no entra dentro del campo de lo ilícito penal si la dádiva se hace después de realizada la actuación del funcionario a quien ya no puede corromperse, porque sobornar es corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa y como no se dice en los hechos probados que la dádiva admitida por los funcionarios municipales fue previamente convenida con estos para el incumplimiento de sus deberes, ni que se entregó para captar sus voluntades y tenerles propicios a tolerancias y condescendencias ilícitas con la donante en ulteriores actuaciones, el hecho escapa al sentido estricto del precepto legal (STS del 6 de noviembre de 1943).

IV

EXACCIÓN ILEGAL Y DELITO DE CONCIERTO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN

1. Contribuciones y exacciones municipales

Los importes correspondientes a las contribuciones, exacciones municipales y créditos liquidados y derivados de la ejecución de obras y servicios junto a otras percepciones, unas en periodo voluntario y otras en la vía de apremio, como las multas, siempre según el contenido del nombramiento que al acusado se le hizo, tienen y adquieren tal naturaleza desde que se incorporan y pasan directamente al erario público o desde que percibidos por el funcionario surge en el Ayuntamiento, o ente correspondiente, el derecho a que se les entregue e ingrese en el patrimonio estatal, comunitario, provincial manifiesta, lógica y consecuentemente, con la intervención del Tribunal de Cuentas (STS del 27 de setiembre de 1991).

2. Concierto para defraudar a un ente público

Es delito de fraude del artículo 400 del CP, mediante uso de artificio por funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en comisión de suministros, obtener el procesado, jefe del Servicio de Importaciones del Instituto Español de Moneda Extranjera, tres licencias de importación de vehículos automóviles sin entrega de divisa alguna procedente de venta de valores ni, respecto de la tercera licencia, del pago de 130 por 100 en concepto de impuesto de retorno, todo ello en virtud del delito de falsedad del artículo 302.4° consistente en presentar en el Registro del referido Instituto una declaración de valores en el extranjero, que puso a la firma de su hija de 12 años, la cual la suscribió sin leerla y en la que manifiesta inexactamente que existían dichos valores y los había adquirido por herencia de la persona que designaba (STS del 19 de noviembre de 1963).

3. Concierto con interesados

Tales elementos del delito son los siguientes:

1) Sujeto activo que necesariamente ha de ser un funcionario público que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones. Nos hallamos ante un delito especial que plantea los problemas propios de la participación de un extraño en el que no concurre la cualidad exigida en el tipo, a los que nos referiremos luego al examinar el motivo 4° del recurso de R.

2) La intervención del funcionario ha de realizarse en alguna de las materias que aparecen relacionadas en el propio artículo 400 del CP con criterio cerrado *numerus clausus*, a saber, «comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos». Constituye una limitación objetiva expresamente exigida en la norma y que no puede violarse so pena de lesionar el principio de legalidad penal, lo que ocurriría si se aplicara a supuestos análogos a los expresados pero no comprendidos en el tenor de la norma.

3) El núcleo de la conducta delictiva aparece determinado por la expresión verbal «se concertare con los interesados o especuladores». Prescindimos aquí de la otra modalidad de delito prevista en el mismo artículo 400 del CP cuando dice «o usare de cualquier otro artificio», porque esta no interesa al caso presente.

   La concertación no es otra cosa que el ponerse de acuerdo al funcionario con el interesado (la referencia a los especuladores nada añade porque parece evidente que todo especulador es interesado), conjunción de voluntades con la finalidad que constituye el 4° de los elementos del tipo.

4) Tal concertación ha de ser «para defraudar al Estado, Provincia o Municipio». La no modificación en los últimos años de esta norma penal ha impedido incluir como sujetos pasivos de tal defraudación a las Comunidades

Autónomas y a la Unión Europea. También los funcionarios de estas últimas pueden concertarse con los interesados o usar de cualquier otro artificio para defraudar a la Hacienda a la que sirven.

Constituye un elemento del tipo que sirve de límite objetivo para esta infracción penal e impide su comisión por imprudencia.

Defraudar equivale a perjudicar económicamente al patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios.

Adviértase que en el tipo del artículo 401 del CP el interés se halla del lado del funcionario, mientras que en el definido en el artículo 400 del CP el interés se coloca en la persona con la que el funcionario se concierta. Queremos decir con esto para el delito que ahora examinamos no es necesario interés personal alguno en el sujeto activo. Puede actuar sin ánimo de beneficio propio.

Nos hallamos ante un delito de mera actividad que se consuma simplemente con que exista la tan repetida concertación con la mencionada finalidad de defraudar. La producción efectiva del perjuicio patrimonial, que aquí sí existió, pertenece a la esfera del agotamiento del delito, no al de su perfección.

Se trata de una norma penal escasamente aplicada cuyos perfiles hemos de ir precisando ante las necesidades que caso a caso se nos van presentando. Ciertamente que, como dice el letrado recurrentemente, parece que esta norma penal está pensada para los casos en los que el funcionario interviene de la entidad a la que sirve, concertándose con la persona con la que el contrato se celebra o con alguna otra interesada en la operación que se trate.

Pero no hay por qué limitar el precepto al ámbito de la contratación. Hay casos como el presente que nos hacen ver que la norma que nos ocupa puede tener una aplicación más amplia.

En efecto, entendemos que la liquidación de un impuesto encaja en el supuesto de liquidación de haberes públicos, pues esta última expresión (haberes públicos) no tiene que entenderse reducida, como parece pretender el recurrente, a los sueldos de los funcionarios.

Hay otra aceptación de la palabra «haber», usada habitualmente en plural (haberes) que es la primera que aparece en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, referida a «hacienda, caudal, conjunto de bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica», es decir, lo que constituye el patrimonio de alguien. Entendemos que es claro que los derechos que corresponden a una persona forma parte, según tal aceptación, de sus haberes. Haberes públicos sería algo así como el conjunto de derechos de contenido patrimonial que corresponden a una persona pública. Desde luego, los impuestos que cobra esa persona pública forman parte de sus haberes y en tal sentido hemos de decir que la liquidación de un impuesto de plusvalía constituye una liquidación concerniente a los haberes públicos del municipio correspondiente (STS del 16 de febrero de 1995).

4. Contratación económica con particulares

La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que, pese al lugar donde sistemáticamente aparece encuadrado este delito, capítulo IX del Título VII del Libro II del CP, bajo la rúbrica designada como «de los fraudes y exacciones ilegales», es lo cierto que para su consumación no se exige ni fraude ni exacción ilegal, elementos que sí aparecen en los otros preceptos del mismo capítulo, bastando, como se deduce de su propio texto, los dos elementos objetivos antes referidos y el dolo como requisito subjetivo.

Se trata de un delito de mera actividad («se interesare») que se contenta con el daño que al bien jurídico protegido (la buena imagen de la Administración en sus relaciones de contratación económica con los particulares) se produce por el mero hecho de interesarse el funcionario como ciudadano ordinario en un negocio en el que solo debieran encontrarse presentes los intereses públicos de la Administración, sin que se requiera, para que tal figura delictiva quede perfeccionada, el que haya perjuicio para tales intereses públicos y ni siquiera que exista intención de causarlos, pues puede tratarse de un negocio que incluso resulte beneficioso para la correspondiente entidad pública.

Tampoco este delito requiere que la operación resulte en definitiva beneficiosa para el funcionario, aunque sí que este tenga propósito de beneficiarse (S núm. 814/1995) (STS del 22 de junio de 1995).

5. Sujeto activo del delito

En el mentado artículo 402, cabe distinguir entre un tipo básico, definido en el párrafo 1º del mismo, y un tipo cualificado o subtipo agravado descrito en el párrafo 2º, cuya agravación afecta «al culpable habitual» de la mencionada infracción. *Sujeto activo* de esta categoría delictiva, lo son, conforme a las SS de este Tribunal de 12 de febrero de 1883, 23 de febrero de 1894, 8 de febrero de 1854, 5 de julio de 1995, 5 de noviembre de 1960, 28 de septiembre de 1965 y 26 de octubre de 1967, los funcionarios públicos, cuyo concepto se halla en el artículo 119 del CP, especialmente capacitados para la exacción de derechos capacitados al ejercicio de sus funciones; en lo que respecta a la acción, de conformidad con la S de esta Sala de 20 de noviembre de 1894, exigir equivale a percibir o cobrar, pudiéndose agregar que, más propiamente, significa reclamar, pedir o demandar, perfeccionándose, el comportamiento delictivo, con la sola exigencia o solicitación aunque, el funcionario, no consiga le sean entregadas las sumas reclamadas con exceso; por otra parte el hecho punible se comete exigiendo mayores derechos «arancelarios, dietas, locomoción, indemnizaciones, etc.» que los autorizados, pero también reclamando cualquier clase de emolumentos o retribuciones sin estar autorizado para ello (SS 24 junio 1909 y 3 junio 1957), si bien sea preciso reconocer que, en el segundo caso, el comportamiento del agente, podría incidir, con más propiedad, en las figuras de estafa o de cohecho; y finalmente, en el orden de la culpabilidad, se trata de un delito esencialmente doloso, siendo

indispensable que, el funcionario, se represente que está exigiendo mayores derechos que los autorizados o que demanda emolumentos no permitidos por la ley, y determine libremente obrar de ese antijurídico modo, si bien, algunos sectores doctrinales, admiten que, la infracción estudiada, pueda perpetrarse de forma culposa (STS del 14 de abril de 1986).

6. Elementos estructurales

a) El sujeto activo no es cualquier funcionario, sino tan solo aquel que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos fijados en aranceles o de otro modo legalmente establecido como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc. De nuevo viene aquí a jugar el exceso en la percepción pues si se exige a los contribuyentes impuestos no autorizados se está en el supuesto de los artículos 202 a 204 del CP. Es sintomático respecto a lo que hemos dicho la remisión a la estafa que hace, entre los mencionados, el artículo 203, para el caso de que el impuesto indebido y cobrado por el funcionario no entre en las Cajas del Tesoro Público. Se trata del mismo reenvío que el artículo 403, hace a los delitos de apropiación indebida y estafa como segunda forma de exacción ilegal, desplazada en la tipicidad por dichos delitos con la única adición de la pena de inhabilitación especial.

b) La acción ya hemos dicho que se condensa en el verbo exigir los mayores derechos lo que puede hacerse directa o indirectamente, esto es, por sí o a través de otra persona (empleado, subalterno, etc.). En este segundo caso se siguen las reglas de las participaciones de *extraneus* en los *delicta* propia. En cuanto al concurso con el cohecho o la estafa, por regla general el cohecho absorberá por consunción de la exacción ilegal. Lo mismo sucederá en el caso de estafa, la que operará también por absorción, ya no solo por virtud del artículo 68 sino por el propio reenvío del artículo 403 al que, sin embargo, completa la penalidad. La excepción se dará cuando se trata de una o varias estafas constitutivas de faltas en que ya no tiene virtualidad el artículo 403 que solo se refiere a delitos. Finalmente, la consumación, se logra con la exigencia de los derechos indebidos aunque no lleguen a cobrarse.

c) En fin, la culpabilidad se entiende comúnmente que solo es posible en su forma dolosa, seguramente por la conjunción que el legislador hace de este delito y de los fraudes de los funcionarios en la rúbrica del capítulo XI del Título VII del Libro II del CP. De hecho no se da en el tipo que describe la exacción ilegal (art. 402) ningún elemento subjetivo del injusto, explícito o implícito, que, impida la comisión culposa. Y no ha faltado alguna S de esta Sala que así lo ha entendido (S 28 de septiembre 1965).

La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir que el funcionamiento ha de estar facultado para percibir derecho en forma de arancel, participación, etc. (STS del

12 de marzo de 1935, 5 de mayo de 1959, 5 de noviembre de 1960), si bien algunas SS (24 junio 1909 y 3 junio 1957) han extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS de 14 de abril y de 12 de diciembre de 1986, que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estafa o cohecho. Y por supuesto, los casos, contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar el funcionario (STS del 27 de junio de 1989).

7. Exigencia de mayores derechos

La doctrina jurisprudencial se centra, de conformidad con lo dicho, en la exigencia de mayores derechos, es decir, que el funcionario ha de estar facultado para percibir derechos en forma de arancel, participación, etc. (SS 12 marzo 1935, 5 mayo 1959, 5 noviembre 1960), si bien algunas SS (24 junio, 9 y 3 junio 1957) ha extendido el tipo a la percepción de emolumentos no debidos en absoluto. La buena doctrina ha sido definitivamente asentada por las recientes SS de 14 de abril y 12 de diciembre de 1986, que en estos últimos casos entiende que el comportamiento del agente incide con más propiedad en las figuras de estado o cohecho. Y por supuesto, los casos contemplados por dichas resoluciones se refieren a percepción de cantidades superiores a las que tenía derecho a demandar el funcionario (STS del 27 de junio de 1989).

V
INTERÉS EN CONTRATO U OPERACIÓN

1. Funcionario que se interesa por operación en que tiene que adoptar alguna resolución

El TS tiene declarado (S 24 abril 1989) que este delito consiste en que el funcionario se interese en cualquier contrato u operación en que el cargo que desempeña tenga que tomar alguna resolución. No es preciso que haya engaño, artificio, ni lesión patrimonial. Es un delito de simple actividad, no de resultado, y el dolo está en la voluntad consciente de asumir, a la vez, intervención como cargo público de la Administración y como interesado privado en la operación con aquella. El bien jurídico que se protege es el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial, porque lo que al legislador le importa es preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver garantizando su imparcialidad (STS del 20 de noviembre de 1991).

2. Bien jurídico protegido

El relato histórico ha permitido que el Tribunal de instancia haya alcanzado la convicción, en modo alguno arbitraria e ilógica, de que el recurrente se

benefició con la adjudicación de obras y suministros en las que intervino por razón de su cargo de Alcalde, llegando incluso a firmar un libramiento de pago con el que se abonó unas facturas encabezadas con un nombre y en él aparece como perceptora su propia esposa. Es incuestionable que ha quedado lesionado el deber de lealtad y fidelidad a la función pública, en que encarna el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, al producirse una contradicción de intereses, el público que representa el funcionario y el suyo propio, sin que sea necesario, para la consumación del delito, que se obtenga en beneficio o lucro propuesto ni que la Administración sufra un perjuicio, puesto que se trata de un típico delito de tendencia o de mera actividad (cfr. S 6 marzo 1990). Es insostenible sostener, como pretende el recurrente, que en su conducta estuviese ausente el necesario actuar doloso, ya que en este supuesto evidentemente sí existió y estuvo representado por la voluntad consciente de asumir el doble papel de representante de la Administración y de contratante, más o menos enmascarado, con ella (STS del 2 de octubre de 1992).

3. Interpretación de la expresión «contrato u operación»

La expresión «contrato u operación», unida al resto del precepto, ha de entenderse a través de una interpretación literalista, en absoluto extensiva, pero sí teleológica, como cualquier actividad de naturaleza económica en la que el sujeto activo del delito se inmiscuya para el logro de un beneficio de igual naturaleza, exigencias que se extraen de su propia redacción y de su ubicación dentro del CP en el capítulo XI del Título VII titulados «de los fraudes y exacciones ilegales», aunque se trata de un delito de pura actividad, siendo indiferente que el titular de las obras fuera el Alcalde o su mujer. Si las obras no se ajustaban al proyecto autorizado por el Municipio, excediendo de lo permitido en la licencia concedida a la esposa del Alcalde, si la intervención de este consiste en conseguir obviar, a través de una serie de comportamientos, las dificultades existentes, aun sin tomar ningún acuerdo que hubiera sido prevaricador, es indudable que el imputado incurrió en el delito por que fue condenado, hasta el punto de que, en este orden de cosas, un sector doctrinal estima que hubiera debido utilizar la expresión «negocio jurídico» para describir este comportamiento, aunque siempre con un trasfondo económico. En este sentido, en la vieja STS de 16 de enero de 1896, se condenó al Alcalde que se asoció a los arrendatarios de consumo, a pérdidas y ganancias, la S de 18 de febrero de 1980 contempla una adquisición de terreno para el municipio a precios muy superiores de los reales. En el caso que ahora nos ocupa interviene el Alcalde para que la ejecución de la concesión de una licencia a favor de su esposa no tuviera dificultades de realización a pesar de constarle las irregularidades existentes, que la sentencia de instancia pone de relieve (STS del 5 de marzo de 1992).

Concurren cuantos elementos integran el tipo en la segunda modalidad de conducta prevista, la del funcionario público que, con prevalimiento del cargo interviene directa o indirectamente en empresa privada con móvil de lucro. Intervenir se hace equivalente de participación en la misma, beneficiándose, en

consecuencia, de los ingresos que se produzcan provenientes de la actividad social programada, aquí redacción de proyectos de ingeniería y arquitectura tanto rústicos como urbanos. El procesado, sirviéndose de su cargo de Aparejador Municipal, de modo más o menos directo, en cuanto asumía la función de informar los proyectos que presentaban los aparejadores socios con el mismo de «T», señores A.G., favorecía la labor de estos y, consiguientemente, los beneficios de la sociedad. El delito en cuestión (cual resalta la S de esta Sala 27 septiembre 1969) tiene como finalidad proteger la honesta actividad contra la suspicacia y el adecuado ejercicio de las funciones y servicios institucionales del Estado, efectuado a través de la gestión administrativa, de las Autoridades y funcionarios públicos, que gozan de una relevante supremacía, y de aludir en ellos conductas abusivas o riesgos, con abuso de su misión social, al menos en particular beneficio de interés propio. Nada supone que, en el supuesto que se enjuicia, no se hubiesen repartido beneficios, ya que su abstención se propendía y hacia ese fin convergían las actividades sociales. Obvio resulta que la situación creada sea sumamente propicia para la proliferación de encargos e intervenciones de los aparejadores o socios del acusado (STS del 18 de octubre de 1991).

JURISPRUDENCIA ITALIANA

I

PECULATO

A) Interesse tutelato e oggetto materiale

1. La natura plurioffensiva del reato di peculato importa che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale conseguente all'appropriazione non esclude la sussistenza del reato, atteso che rimane pur sempre leso dalla condotta dell'agente l'altro interesse –diverso da quelo patrimoniale– protetto dalla norma, e cioé il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione). (Nella specie il radiologo di un ospedale aveva distratto a favore di terzi delle lastre radiografiche di propietà della Usi sostituendole con altre di marca diversa, prossime alla scadenza, che peraltro erano state utilizzate nell' ospedale aveva ritenuto che la mancanza di un pregiudizio economico per la Usl e la fungibilità fra le varie lastre comportasse l'insussistenza del reato, ma la Cassazione ha censurato tal assunto, sulla scorta, tra l'altro, del principio di cui in massima). * Cass. Pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993), Ferolla, (*C.p., art. 314*).

2. Le cose oggetto di peculato debbono possedere un valore, per cui il reato non sussiste se le medesime cose siano prive di valore o abbiano un valore talmente esiguo da essere identico ad un valore nullo (Nella specie, relativa al prelievo da parte dell'imputato di pacchetti di boccette dalla «vetreria» di un laboratorio di analisi pubblico allo scopo di utilizarli a fini privati, la corte ha peraltro concluso che, tenuto conto della frenquenza dei prelievi e della quantità degli oggettui di volta in volta prelevati, esattamente il giudice di merito aveva ritenuto che tali beni avevano, nel loro complesso e con riguardo ai singoli atti di appropriazione, un sicuro valore economico sufficiente per la sussistenza del contestato delitto). * Cass. pen., sez. VI, 13 aprile 1990, n. 5442 (ud. 16 diciembre 1989); Calabrò. (*C.p., art. 314*).

B) Momento consumativo del reato

3. Il delitto di peculato si consuma nel momento in cui si perfeziona l'appropriazione, siché è del tutto irrilevante l' avvenuta restituzione in cassa della somma sottratta, mentre non è richiesto per la configurabilità del delitto de quo,

il danno della pubblica amministrazione. * Cass. pen., sez. VI 2. aprile 1990, n. 4495 (ud. 7 giugno 1989). Regio (*C.p., art. 314*).

4. Il reato di peculato è reato istantaneo, il cui momento consumativo si verifica quando il soggetto attivo del reato compie un fatto che manifesti la sua volontà di tenere la cosa come propria e cioè nel momento stesso in cui si comporta, in relazione alla cosa stessa, non più come possessore, ma come propietario. Ed il peculato avente ad oggetto cose di quantità come il danaro si realizza nel momento in cui l' agente si appropria dolosamente delle cose o dà a queste una diversa destinazione. * Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1980, n. 8277 (ud. 4 febbraio 1980, n. 226). Docimo.

C) Nozione di possesso e disponibilità per ragione di ufficio o servizio

5. In tema di peculato, il concetto di disponibilità si riferisce a quei soli poteri giuridici che consentono all'agente, che sia privo del corpus del possesso, di esplicare sulla cosa quegli stessi comportamenti, uti dominus, che vengono a sostanziare la condotta di appropriazione, elemento materiale del delitto di cui all'art. 314 c.p. Non rientrano nel concetto di disponibilità quei poteri del pubblico ufficiale che possono assimilarsi non già alle facoltà del dominus, ma a quelle del creditore un rapporto obbligatorio e che gli consentono (e, per la natura pubblica del rapporto, gli fanno obbligo) di esigere la prestazione della controparte o di adempiere alla propria, ponendo le premesse per l'adempimento altrui. Non risponde, pertando, di peculato il pubblico ufficiale che omette di incassare un credito dell'ente che rappresenta e, tanto meno, il pubblico ufficiale che omette di adempiere o adempie irregolarmente la propria prestazione (atto di ufficio), al fine di consentire al privato di evitare il pagamento di tasse, diritti o prestazioni in genere, con ciò arrecando danno patrimoniale all'erario. In tale caso potranno eventualmente ravvisarsi i reati di abuso di atto di ufficio o di omissione di atti di ufficio. (Nella specie è stata anullata con rinvio la sentenza di condanna della corte di appello che aveva ravvisato gli estremi del peculato nel fatto che l'ufficiale giudiziario, mediante l'omessa registrazione di numerose commissioni e di altre operazioni, aveva nascosto allo Stato introiti per diverse decine di milioni, trattenendo per sé il 50 per cento, che avrebbe dovuto versare all'erario, secondo le norme dell'ordinamento degli ufficiali giudiziarie, comunque, impedendo agli organi di controllo di verificare l'ammontare complessivo dei proventi riscossi, derivandone un ulteriore danno per lo Stato che, ignorando i reali nitroiti dell'ufficiale giudiziario, gli corrispondeva la prevista indennità integrativa). * Cass. pen., sez. VI, 28 aprile 1993, n. 4129 (ud. 19 febbraio 1993), Resta, (*C.p., art. 314*).

6. Per la configurabilità del peculato non è neccessario che il pubblico ufficiale abbia la materiale detenzione o la diponibilità diretta e immediata del denaro o della cosa mobile di cui si appropria, ma è sufficiente, ad integrare l' elemento del possesso, che egli ne abbia la disponibilità giuridica in conseguenza della funzione da lui esplicata, ossia la possibilità di disporne mediante un atto o un fatto rientri nella competenza dell'ufficio del quale è investito. * Cass. pen., sez II, 19 marzo 1984, n. 2509 (ud. 22 novembre 1983). Tavernini.

D) Elemento soggettivo

7. La destinazione del pubblico denaro, fissata da una norma amministrativa, debe ritenersi richiamata da quella penale integrandone il contenuto, cosi che la non conoscenza o l'errore del pubblico ufficiale circa i limiti di propri poteri di disporre del denaro pubblico si risolve in errore o ignoranza della legge penale e, come tale, non è idoneo ad escluderé la configurabilità del reato di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 4 agosto 1981, n. 7882 (ud. 26 marzo 1981), Zuccato.

8. L'errore del pubblico ufficiale circa la propria facoltà di disposizione del pubblico danaro per fini diversi da quelli istituzionali non ha alcuna efficacia scriminante, perché, per quanto la destinazione del pubblico danaro sia fissata da una norma amministrativa, tale norma debe intendersi richiamata dalla norma penale, della quale integra il contenuto. Pertanto, l'illegittimo mutamento di tale destinazione, anche se compiuto dal'agente per ignoranza sui limiti dei propri poteri, non si risolve in un errore di fatto su legge diversa da quella penale, ma costituisce errore o ignoranza sua legge penale e, come tale, non vale ad escludere l'elemento soggettivo del reato di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 1987, n. 11451 (ud. 29 aprile 1987), Matera, (*Cod.pen., art. 314*).

E) Condotta criminosa: appropriazione

9. In tema di peculato (art. 314 c.p.), commette un'appropriazione e non una distrazione del denaro sia il pubblico ufficiale che intasc il danaro –di cui abbia il possesso– della pubblica amministrazione, sia il pubblico ufficiale che si adoperi acché un complice se ne appropri, giacché anche in questo caso il primo si comporta arbitrariamente come propietario e non si limita certo a voler indirizzare la soma verso uno scopo diverso da quello cui esoo dovena venire destinata. * Cass. pen., sez. VI 12 novembre 1992, n. 10895 (ud. 25 febbraio 1992), De Sierno, (*C.p., art. 314*).

10. L'appropriazione nel delitto di peculato, si realizza con l'inversione del titolo del possesso da parte del pubblico ufficiale, che comincia a comportarsi uti dominus nei confronti del bene del quale ha appunto il possesso in ragione del sui ufficio. Siffatta nozione di appropriazione è rimasta invariata anche dopo la L. n. 86 del 1990 (recante modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione), sicché non può evocarsi la diversa figura di reato prevista dal secondo comma dell'art. 323 c.p. qualora il denaro o la cosa della pubblica amministrazione siano stati appunto convertiti in proprietà del pubblico ufficiale o di altri. * Cass. pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993), Ferolla, (*C.p., art. 314; c.p., art. 323*).

F) Peculato d'uso

11. Il peculato d'uso può configurarsi solo in relazione a cose di specie e non a cose di quantità, poichè con riferimento a queste ultime non sarebbe possibile

la restituzione della eadem res ma solo del tantundem, che è irrilevante ai fini dell'integrazione del reato de quo. (La Cassazione ha evidenziato che una conferma del principio di cui in massima si trae proprio dal disposto del secondo comma dell'art. 314 c.p. che circoscrive il peculato d'uso ai soli casi di uso momentaneo della cosa mobile, senza fare menzione del denaro). * Cass. pen., sez. VI, 24 agosto 1993, n. 8009 (ud. 10 giugno 1993) (*C.p. art. 314*).

12. In tema di peculato, è consentito l'uso di elicottero di proprietà dello Stato, da parte di un ministro in carica, per ragioni collegate all'espletamento di funzioni pubbliche. (Fatti specie in cui un ministro ha utilizzato un elicottero dei Vigili del Fuoco per raggiungere la propria abitazione privata al termine di una cerimonia pubblica svoltasi alla presenza del Capo dello Stato). * Trib. Pen. L'Aquila, decr. 3 maggio 1993. Gaspari. (*C.p., art. 314*), motivaz. E nota in *Riv. Pen.* 1994, 767.

G) Differenza dalla truffa, dall'appropriazione indebita e dalla violazione della pubblica custodia di cose

13. Il significato della locuzione «appartenenza» adoperata dal legislatore penale rispecchia un'indistinta condizione giuridica di disponibilità e di godimento delle cose da parte dela pubblica amministrazione e cioè sia il diritto di proprietà o altro diritto reale, sia il mero potere di fatto sulla cosa stessa, nella sua estesa fenomenologica giuridica, con evidenti riflessi nella distinzione tra il reato di peculato e la malversazione in danno di privati. (Nella specie è stato ritenuto che i ratei di pensione o gli assegni familiari o le indennità di disoccupazione non perdono il carattere di *pecunia pubblica* e restano nella sfera di appartenenz della pubblica amministrazione anche se questa abbia emesso gli ordini di pagamento in favore degli interessati trasferendo loro la titolarità attiva del credito. La pubblica amministrazione, infatti, pur avendo in tal caso disposto la liquidazione e pagamento degli emolumenti contemplati nel provvedimento contabile continua tuttavia a conservare il potere di disponibilità del denaro stesso). * Cass. pen., sez. VI, 20 diciembre 1980, n. 13681 (ud. 27 giugno 1980) Capone.

14. La distinzione tra il delitto di peculato e quello di truffa attiene al modo con il quale lágente ha acquisito il possesso (inteso non già come detenzione materiale ma come disponibilità giuridica) del denaro o del benè costituente l'oggetto materiale del reato. Ne deriva che ricorre il primo quando tale possesso sia stato conseguito legitimamente per ragioni d'ufficio, mentre vi è truffa quando il responsabile si sia procurato il possesso mediante artifici o raggiri. Non assume, invece, alcun rilievo la precedenza cronologica o la contestualità della frode rispetto alla condotta appropriativa o distrattiva e cioè il fatto che ques t'ltima sia stata resa possibile dalla paura, poiché, in tal caso, l'inganno o il raggiro integra una mera modalità con la quale tal condotta è stata posta in essere e quindi resta assorbita nel delitto di peculato. * Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 1988, n. 10680 (ud. 21 settembre 1988), Barone, (*Cod.pen., art. 314; cod.pen., art. 640*).

15. Non tutta l'attività di una banca può rientrare sotto la qualificazione pubblicistica, e tanto meno quella preposta alla raccolta e distribuzione di risparmi e di crediti. Agendo in tale settore, il dipendente della banca non opera come incaricato di pubblico servizio e, pertanto, l'attività svolta dal preposto dell'agenzia di una banca, mirata all'appropriazione di assegni emessi da clienti dell'agenzia medesima, va inquadrata sotto la fattispecie di appropriazione indebita, aggravata dal rapporto di prestazione d'opera, e non sotto quella di peculato. * Cass. pen., sez. VI 10 febbraio 1990, n. 1867 (ud. 17 ottobre 1989), Pulvirenti (*Cod. pen., art. 61; cod.pen., art. 314; cod.pen., art. 646*).

16. L'attività bancaria non è qualificabile come pubblico servizio o come pubblica funzione anche quando l'istituto di credito rivesta natura di persona giuridica pubblica e conseguentemente non è configurabile il delitto di peculato nella condotta del dipendente di un istituto di credito che si appropri ovvero distragga a profitto proprio o altrui il danaro di cui abbia il possesso per ragione del suo ufficio, non rivestendo l'agente la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio. * Cass. pen., sez. VI, 27 luglio 1988, n. 8398 (ud. 26 noviembre 1987), Giorgetto (*Cod. pen., art. 314; cod. pen., art. 646*).

II
CONCUSSIONE

A) In genere

17. Il delitto di concussione ha natura pluriofensiva perché mentre da un lato porta offesa all'interesse della pubblica amministrazione, per quanto concerne il suo prestigio astratto e la correttezza e probità dei pubblici funzionari, dall'altro lato, produce *ipso facto* la lesione della sfera privatistica del cittadino, per quanto attiene alla sua integrità del patrimonio ed alla libertà del suo consenso; soggetti passivi del reato in esame, quindi, sono la pubblica amministrazione e, nello stesso tempo, la persona che dà o promette, con questa caratteristica che il pregiudizio che subisce la pubblica amministrazione è inerente intrinsecamente alle modalità di realizzazione dell'ingiusto profitto da parte del pubblico ufficiale, il quale, attraverso l'agitazione che riesce a suscitare per effetto del *metus publicae potestatis* nell'animo della vittima, vince la resistenza che il privato vorrebbe contrapporre alla richiesta dell'indebito. * Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 1981, n. 9803 (ud. 5 febbraio 1981). Astolfi.

18. I beni giuridici protetti dall'art. 317 c.p. sono identificabili nell'imparzialità en el buon andamento della pubblica amministrazione, che vengono vulnerati quando i pubblici ufficiali, o gli incaricati di un pubblico servizio, si valgono della loro qualità o delle loro funzioni per costringere o indurre i privati a dare o promettere loro denaro o altre utilità no dovute. Solo in via subordinata la predetta norma tutela anche il diritto del cittadino a disporre del proprio patrimonio in piena libertà a senza alcuna forma di coazione dei pubblici poteri. Di

conseguenza, l'entità del vantaggio patrimoniale che sia conseguito dal colpevole per effetto della sua condotta di costrizione o induzione, non ha influenza ai fini della configurabilità del delitto di concussione, ma solo a quelli dell' applicabilità dell'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p. o dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 7 c.p. * Cass. pen., sez. VII, 3 marzo 1993, n. 2019 (ud. 15 dicembre 1992), Di Gioia ed altro. (*C.p., art. 61, n. 7; c.p., art. 62, n. 4; c.p., art. 317*).

19. Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 317 c.p., non è necessario che la concussione sia integrata dalla coartazione assoluta della volontà del privato, ma è sufficiente che tale volontà non si sia liberamente formata a cagione diretta o indiretta della condotta del pubblico ufficiale e dei correi. Ne consegue che sussiste al concussione anche quando sia lo stesso privato ad offrire al soggetto pubblico danaro o altra utilità, qualora l'offerta rappresenti non già l'atto iniziale bensi il logico sbocco di una situazione gradatamente creatasi attraverso allusioni o malizione prospettazioni di danni, che possono consistere anche nella pratica impossibilità di la lavorare nel settore pubblico, ovvero nella prospettiva di essere esclusi dagli appalti pubblici in favore di altre imprese. * Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 1992, n. 7876 (ud. 27 aprile 1992), Santi ed. altri (*C.p., art. 317*).

20. L'abuso previsto dall'art. 317 c.p. (concussione), posto in essere al fine di costringere o di indurre all'nidebita dazione, consiste nella strumentalizzazione da parte del pubblico ufficiale della propria qualifica soggettiva o della funzione esercitata, mentre il primo si verifica quando il pubblico ufficiale si avvale, per costringere o indurre altri a dare o promettere, della sua qualità indipendentemente dalla correlazione con atti del proprio ufficio –e l'aubso in tal caso è di facile percezione e dimostrazione–. L' abuso delle funzioni presuppone nell'agente la capacità di esercitarle legittimamente, in quanto rientranti nei limiti della sua competenza e consiste nell'esercizio della potestàdi cui il pubblico ufficiale risulta investito, in difformità di cui il pubblico ufficiale risulta investito, in difformità dallo scopo per cui la legge gliel'ha conferita. * Cass. pen., sez. VI, 16 novembre 1987, n. 11662 (ud. 21 ottobre 1987), Marinaro.

21. Integra il reato di concussione anche la minaccia del pubblico ufficiale di procedere a denuncia di un reato realmente commesso da un privato, giacché la minaccia di denunziare se è lecita quando è commessa per l'attuazione della legge, diventa illegittima se è usata quale mezzo per conseguire fini illeciti. * Cass. pen., sez. VI, 1 luglio 1980, n. 8263 (ud. 21 gennaio 1980, n. 104), Carnevale.

22. In tema di concussione, se il pubblico ufficiale, avvalendosi del proprio potere, determina o tenta di determinare la libera volontà del privato, o attraverso un comportamento costringente, o attraverso un comportamento inducente, operando, cosi, una pressione psichica sul soggetto passivo, il reato sussiste, o nell'ipotesi del reato tentato se il privato non accolga la richiesta o del reato consumato se la promessa o la elargiozione dell'utilità richiesta sia effettuata. Tale pressione pschica costringente, sussiste tutte le volte in cui al privato il pubblico ufficiale fa comprendere che nell'attività di ufficio esso pubblico ufficiale sarà

determinato non dagli interessi generali della pubblica amministrazione ma dal fatto che il privato si assoggetti o non all'illegittima pretesa di corrispondere l'utilità richiesta, per cui la minaccia di orientare la propria decisione esclusivamente in funzione di otteneer la predetta utilità pone il privato in condizione di soggezione, ne coarta la libera volontà e costituisce, da un lato, il presupposto del reato e, dall'altro, l'elemento discriminante del reato medesimo da quello di corruzione. * Cass. pen., sez, VI, 12 maggio 1986, n. 3605 (ud. 2 aprile 1986). Grieco.

23. Per la sussisetnza del reato di concussione non ha alcun rilievo il fatto che l'atto sia legittimo o illegittimo, lecito o no lecito o no lecito: nel reato di concussione, infatti, viene in rilievo non l'atto –come nelle varie ipotesi di corruzione– ma solo l'abuso delle qualità o delle funzioni da parte del pubblico ufficiale. Si ha costrizione o induzione e cioè esercizio di una pressione psichica da parte del pubblico ufficiale sul privato tale da coartarne la volontà acquisti una preminente importanza prevaricatrice, creando nel soggetto passivo quella situazione di soggezione che esclude ogni possibilità di posizione paritaria tra i due soggetti e che caratterizza il reato di concussione. La mancanza di un qualsiasi personale niteresse nel patto criminoso da parte del privato, o la sua recisa reiezione della richiesta posta in essere dal pubblico ufficiale, dimostrano in modo evidente che vi è stata solo una posizione prevaricatrice del pubblico ufficiale e una posizione di mera soggezione da parte del privato. Ma non è vero però il contrario, e cioè che tutte le volte in cui la promessa o la dazione sia in relazione ad un atto non dovuto, o comunque non legittimo, debba di necessità escludersi la situazione di soggezione e quindi ritenersi plenamente libera la determinazione della volontà privata. L'elemento dell'illegittimità dell'atto che è la conseguenza dell' accordo non può avere un valore assoluto ma solo relativo. Cioè esso può avere un valore in qualche modo sintomatico di un interesse anche della parte privata e, quindi, della possibilità che la volontà del privato si sia determinata liberamente. * Cass. pen., sez, VI, 23 giugno 1984, n. 5991 (ud. 9 marzo 1984), Avalle.

24. Nella concussione per «induzione» la condotta incriminata non è vincolata a forme predeterminate e tassative, essendo sufficiente che essa sia in concreto idonea ad influenzare l'intelletto e la volontà della vittima convincendola, anche solo con frasi indirette e persino con il mero sintomatico atteggiamento, dell'opportunità di provvedere alla immediata o differita esecuzione dell'ingiusta dazione per evitare conseguenze dannose. La condotta di «induzione», quindi, nell'irrilevanza della circostanza che il soggetto attivo sia stato contattato ad iniziativa della vittima, può essere realizzata anche attraverso comportamenti surrettizi, concretizzantisi in suggestione tacita, ammissioni o silenzi, ed anche se la vittima ha la convinzione di adeguarsi ad una prassi ineluttabile, confermata dal comportamento del pubblico ufficiale (Fattispecie in cui ad un sanitario in servizio presso il reparto di ginecologia di un ospedale civile era stato contestato il reato di cui agli artt. 81 cpv. e 317 c.p. per aver indotto alcune pazienti, abusando della suddetta qualità, a dargli indebitamente somme di denaro per l'assistenza al parto nella struttura ospedaliera; la Cassazione ha ritenuto sussistere l'elemento materiale del reato in questione, sul rilievo che le pazienti

si sentivano obbligate a versare le somme al sanitario, sia pur dopo il parto, in quanto dal comportamento del medesimo la gestione dell'assistenza pubblica veniva prospettata secondo criteri privatistici, nel senso che la accorta e diligente assistenza dello stesso –suo dovere inderogabile– meritava adeguata ricompensa sull'ovvio presupposto che diversamente ci si esponeva al pericolo di incurie e disattenzione). * Cass. pen., sez, VI, 11 dicembre 1993, n. 2985 (c.c. 22 ottobre 1993), Fedele, (*C.p., art. 317*).

B) Il metus publicae potestatis

25. L'elemento del metus pubblicae potestatis pur essendo necessariamente presente nel reato di concussione in ogni sua forma, si atteggia in modo diverso a seconda che il soggetto passivo soggiaccia alla costrizione oppure all'induzione. Nel primo caso, il metus consiste nel timore di un danno minacciato dal pubblico ufficiale, nel secondo si risolve nella soggezione alla posizione di preminenza del pubblico ufficiale medesimo, il quale abusando della propria qualità o funzione, faccia leva su di essa, per suggestionare, persuadere o convincere a dare o promettere qualcosa allo scopo di evitare un male peggiore. In questo caso la volontà del privato è repressa dalla posizione di preminenza del pubblico ufficiale il quale, sia pure senza avanzare aperte ed esplicite pretese, operi di fatto in modo da ingenerare nel soggetto privato la fondata persuasione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale per evitare il pericolo di subier un pregiudizio, eventualmente maggiore (induzione per persuasione). * Cass. pen., sez, VI, 11 diciembre 1993, n. 2985 (c.c. 22 ottobre 1993), Fedele. (*C.p., art. 317*).

C) Elementi costitutivi: denaro o altra utilità

26. In tema di concussione, il termine «utilità» indica tutto ciò che rappresenta un vantaggio per la persona, materiale o morale, patrimoniale o no patrimoniale, oggettivamente apprezzabile, consistente tanto in dare quanto in un facere e ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal convincimento comune. Ne deriva che i favori sessuati rientrano nella suddetta categoria in quanto rappresentano un vantaggio per il funzionario che ne ottenga la promesa o la effettiva prestazione. * Cass. pen., Sezioni Unite, 23 giugno 1993, n. 7 (c.c. 11 maggio 1993), Romano (*C.p., art. 317*).

27. In tema di concussione la promessa dell'utilità può mancare di precisi contorni (perché, ad esempio, il pubblico ufficiale non ha precisato la propria richiesta o il privato non ha una chiara visione delle proprie attuali disponibilità); ciò che importa è che il concusso si dichiari formalmente deciso a trasferire in caso al funzionario infedele una qualche somma o una qualche utilità. * Cass. pen., sez, VI, 23 settembre 1993, n. 8651 (ud. 1 febbraio 1993), Cardillo ed altri (*C.p., art. 317*).

28. Il delitto di concussione è configurabile anche quando sia il privato ad offrire al pubblico ufficiale denaro o altra utilità poiché l'offerta o la richiesta

della somma o dell'utilità rappresentano non già l'atto iniziale dell'azione criminosa, bensì il logico sbocco di una situazione gradatamente creatasi attraverso allusioni o maliziose prospettazioni di futuri danni a causa della quale il privato si determina ad aderire alla richiesta, implicita o esplicita, al fine di evitare un danno maggiore. * Cass. pen., sez, VI, 27 febbraio 1988, n. 2720 (ud. 2 dicembre 1987), Cannone.

D) Atteggiamento psicologico della vittima e collaborazione di terzi

29. Il delitto di concussione è collegato alla objettiva qualifica di pubblico ufficiale dell'autore del reato e non alla convinzione soggettiva che la parte lesa ne abbia (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto del tutto irrilevante la circostanza che la parte offesa non avesse creduto alla qualità di pubblico ufficiale dell'autore della costrizione o dell'induzione). * Cass. pen., sez, VI, 15 aprile 1993, n. 3689 (ud. 11 febbraio 1993).

30. Nel reato di concussione –come in quello di corruzione– non è rilevante l'eventuale intenzione o riserva mentale che il privato abbia avuto al momento di promettere di consegnare il denaro o l'utilità, poiché la promessa vale per il suo significato oggettivo. * Cass. pen., sez., VI, 21 marzo 1984, n. 2613 (ud. 11 gennaio 1984), Belmonte.

31. Per la configurabilità del reato di concussione non è necessaria la consapevolezza, nella vittima, dell'illegittimità della richiesta del pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez; II, 8 novembre 1983, n. 9259 (ud. 5 maggio 1983), Caroni.

32. La riserva mentale del soggetto passivo di non adempiere la promessa indebita fatta *metus publicae potestatis* non esclude la consumazione del reato di concussione. Né il reato viene meno per la circostanza che il soggetto passivo abbia, eventualmente, informato la polizia e ciò nonostante abbia continuato a mantenere i «contatti» con l'autore del reato. * Cass. pen., sez, VI, 18 aprile 1980, n. 4943 (ud. 19 novembre 1979), Corbi.

33. Il delitto di concussione può essere commesso anche quando il pubblico ufficiale si avvale dell'intermediazione di un terzo per indurre il privato a dare o promettere indebitamente, riscontrandosi ugualmente il rapporto di causalità tra l'abuso delle funzioni e della qualità del primo e l'induzione del privato. In tal caso la valutazione del giudice di merito sulla partecipazione del pubblico ufficiale alla consumazione del delitto di concussione non può essere circoscritta alla prova circa i contatti diretti tra il pubblico ufficiale ed il privato, ma debe piuttosto essere condotta sulla base dei pricipi che regolano la compartecipazione criminosa per verificare se il terzo richiedente compenso in denaro agiva per sua esclusiva iniziativa, si puer fraudolenta, o non piuttosto quale intermediario del pubblico ufficiale sulla base di un piano concordato. * Cass. pen., sez, I, 14 giugno 1984, n. 5607 (ud. 9 aprile 1984), Sparacino.

E) Consumazione del reato e tentativo

34. Il delitto di concussione si consuma non già con la dazione del denaro, ma nel momento in cui viene effettuata la promessa, essendo in tal cso la dazione un post-factum irrilevante. * Cass. pen., sez, VI, 4 giugno 1993, n. 5664 (ud. 16 dicembre 1992), Gaeta (*C.p., art. 317*).

35. In tema di concussione la promessa di denaro o di altra utilià è sufficiente per la consumazione del reato solo quando il fatto concussivo sia unico e relativo ad uno specifico atto e non quando la forza intimidatrice del pubblico ufficiale tenda non solo ad operare in relazione ad un primo atto, ma anche nel futuro in riferimento ad una pluralità di atti e di comportamento fortemente dilazionati nel tempo. (Nella specie è stato ritenuto che la promessa di dazione di una tangente, influenzata dalla incombente minaccia della rappresaglia del pubblico ufficiale ove non si aderisse alla sua pretesa, per ottenere un primo appalto aveva perfezionato il reato. È stato però precisato che l'originaria promessa per gli appalti ulteriori costituiva soltanto una generica adesione ad una proposta che, per essere operante, aveva bisogno del realizzarsi di successive condizioni: nuove occasioni di appalto; continuazione nella zona, dell'attività da parte delle imprese; convenienza del pagamento della tangente; sussistenza attuale del poteer del pubblico ufficiale). * Cass. pen., sez, VI, 22 agosto 1989, n. 11204 (ud. 10 giugno 1989), Teardo, (*Cod.pen., art. 317*).

36. Per la configurabilità del tentativo di concussione è sufficiente che il pubblico ufficiale faccia la richiesta di denaro o altra utilità, avvalendosi della sua situazione di preminenza sul privato; è indifferente invece il erale verificarsi dello stato di soggezione della vitima. * Cass. pen., sez, VI, 22 agosto 1989, n. 11204 (ud. 10 giugno 1989). Teardo (*Cod.pen., art. 56; cod. pen., art. 317*).

37. Il tentativo del reato di concussione è ipotizzabile solo quando la predisposizione di un piano diretto a individuare il funzionario infedele precede la promessa con riserva mentale di non adempiere, fatta dal privato. * Cass. pen., sez, VI, 27 febbraio 1988, n. 2723 (ud. 2 dicembre 1987), Canino.

38. Al reato di concussione non sono applicabili le attenuanti della riparazione del danno e quella dela elisione o attenuazione delle conseguenze del reato, previste dall'art. 62, n. 6, cod. pen. La prima, perché il risarcimento del danno, in senso civilistico, subito dal privato, non realizza l'integrità della riparazione, poiché il danno all'interesse pubblico non è suscettibile di integrazione economica; la seconda, perché si riferisce al danno in senso penalistico, inerente alla lesione del bene giuridico tutelato, e non riguarda, quindi, i reati contro il patrimonio o che comunque offendano il patrimonio. * Cass. pen., sez, VI, 19 aprile 1989, n. n. 5996 (ud. 14 dicembre 1988), Liotti, (*Cod.pen., art. 62, n. 6; cod. pen., art. 317; cod. pen., art. 322*).

F) Elementi distintivi rispetto alla corruzione

39. Nel reato di concussione, a differenza da quello di corruzione, rileva soprattutto la condotta del pubblico ufficiale, il quale, nel cso della concussione deve ever creato o insinuato nel soggetto passivo uno stato di paura o di timore atto ad eliderne o viziarne la volontà, tanto da costringerlo o indurlo ad esaudire l'illecita pretesa al fine di evitare il nocumento. (Nella specie l'imputato in concorso tra l'altro con l'assessore comunale al patrimonio era stato riconosciuto colpevole in grado di appello di concussione aggravata per aver costretto dei privati a versare in due anni circa lire 500 milioni con la minaccia consistente nel prospettare, qualora non avessero ceduto alla richiesta di pagamento della tangente, l'avvio di una procedura espropriativa da parte del comune di un complesso inmobiliare di loro proprietà en el pendente a tempo indeterminato la procedura stessa cosi da bloccare ogni possibilità di vendita sul mercato dell'immobile e da rinviare a tempi incerti e lontani la corresponsione delle indennità. I propietari si vedevano costretti a piegarsi alla imposizione e a promettere tangente anche per l'impraticabilità di alternative, quali la denuncia penale o il promuovimento di vertenze in sede di esproprio, notoriamente lughe e di esito incerto). * Cass. pen., sez, VI 2° giugno 1989, n. 8731 (ud. 27 febbraio 1989), Della Bella. (*Cod. pen., art. 317; cod. pen., art. 321*).

40. Il cararttere differenziale tra il reato di corruzione e quello di concussione non va ricercato nell' origine soggettiva del patteggiamento, per cui debba ritenersi la corruzione ogni volta che l'iniziativa sia stata presa dal privato e la concussione quando l'iniziativa sia partita dal pubblico ufficiale. Il solo carattere distintivo va ricercato nel comportamento delle due parti, nella diversa posizione che assume la volontà del soggetto privato, liberamente determinatasi nella corruzione, coartata nella concussione. * Cass. pen., sez. VI 27 febbraio 1988, n. 2661 (ud. 28 ottobre 1987), Arico.

III

CORRUZIONE PER UN ATTO D'UFFICIO

A) In genere

41. In tema di corruzione impropia anteriore all'atto prevista dall'art. 318, primo comma, c.p., l'atto, in vista del quale l'accordo criminoso viene stipulato, deve essere conforme ai doveri del funzionario. Ed invero l'interesse tutelato dalla disposizione in esame non è tanto quello dell'imparzialità de la pubblica amministrazione, dato che l'atto da compiere è conforme ai criteri di una sana e corretta amministrazione, bensì quello dela correttezza e del buon funzionamento della pubblica amministrazione, nel senso che gli atti –legittimi, corretti e dovuti– non possono essere oggetto di un privato baratto tra il privato e la pubblica amministrazione, ma debbono essere compiuti in una posizione di sostanziale e totale estaneità rispetto ad interessi privati, al di fuori di influenze diverse da quelle

dettate dagli interessi generali dello Stato, cioè della collettività. * Cass. pen., sez, VI, 23 aprile 1990, n. 5843 (ud. 13 dicembre 1989), Zampini, (*C.p., art. 318*).

42. Il bene giuridico tutelato dall'art. 319 c.p. è costituito dai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione indicati nell'art. 97, comma primo, della Costituzione. La contrarietà ai doveri d'ufficio può riguardare la condotta complessiva del funzionario, che anche tramite l'emanazione di atti formalmente regolari può venir meno ai suoi compiti istituzionali, inserendo tali atti in un contesto avente finalità diverse da quella di pubblica utilità. L'attenzione dell'interprete, per valutare la contrarietà o meno dela condotta del pubblico ufficiale ai suoi doveri, debe cincentrarsi non sui singoli atti, ma sull'insieme del servizio reso al privato, per cui, anche se ogni atto separatamente considerato corrisponda ai requisiti di legge, l'asservimento constante della funzione, per denaro, agli interessi privati concreta il reato di cui all'art. 319 c.p. anziché quello di cui al precedente art. 318. * Cass. pen., sez, VI, 24 maggio 1990, n. 7259 (ud. 12 gennaio 1990), Lapini. (*C.p., art. 318; c.p., art. 319*).

43. In tema di corruzione, è irrilevante che nella fattispecie legale di cui all'art. 318 cod. pen. (corruzione per un atto dell'ufficio o del servizio) e in quella di cui all'art. 319 stesso codice (corruzione per un atto contrario ai doveri dell'ufficio o del servizio) vi sia una identica condotta, dazione o promessa di denaro, e che il pubblico ufficiale compia l'atto in vista della locupletazione conseguente o promessa in quanto i caratteri comuni delle due fattispecie non escludono quello differenziale. Nfatti, nella prima figura di reato il contenuto dell'atto è quelle che avrebbe dovuto essere anche in assenza del prezzo della corruzione, poiché conforme alle esigenze della pubblica amministrazione, e la corruzione del privato presuppone un suo interesse alla emanazione dell'atto amministrativo (quale debe essere) e di regola un colpevole ritardo del pubblico ufficiale; nella seconda ipotesi di reato, invece, l'atto è inficiato da un vizio di legittimità o di merito imputabile alla consapevole volontà del pubblico ufficiale, in quanto formato nell'interesse esclusivo del privato corruttore in evidente contrasto con i doveri generali di imparzialità, diligenza, scrupolosità e correttezza richiesti nell'adempimento di funzioni attribuite per il conseguimento di interessi statuali e non privati. * Cass. pen., sez., VI, 10 gennaio 1985, n. 177 (ud. 27 settembre 1984), Tana.

44. Ai fini della configurabilità del delitto di corruzione per atto di ufficio, non è necessario che quest'ultimo rientri nella competenza specifica del funzionario o dell'impiegato, essendo sufficiente che esso sia di competenza dell'ufficicio al quale egli appartiene, anche se non è espressamente devoluto alle specifiche mansioni che il funzionario o l'impiegato vi adempiono. * Cass. pen., sez, VI, 23 aprile 1990, n. 5843 (ud. 13 dicembre 1989), Zampini (*C.p., art. 318*).

B) Consumazione e tentativo

45. Il reato di corruzione di cui all'art. 318 c.p. si consuma al momento della promessa del denaro, poiché la consegna di esso va considerata come esecuzione

dell'illecito contratto.* Cass. pen., sez, VI, 4 luglio 1984, n. 6273 (ud. 27 marzo 1984), De Rosa.

46. Il fatto che l'azione del pubblico ufficiale non sia illegale, non rende impossibile la configurabilità del reato di corruzione impropria a carico di coloro che abbiano dato un qualsiasi contributo causale al fatto e ciò indipendentemente dala perseguibilità in sede penale del pubblico ufficiale (Nella specie il pubblico ufficiale –membro del Parlamento, al quale era stata promessa una somma per presentare e sostenere nua proposta di legge– era stato ritenuto non perseguibile ai sensi dell'art. 68, comma primo, Cost.). * Cass. pen., sez, VI, 29 gennaio 1974, n. 159, Borgognoni Vimercati ed altri.

47. È configurabile il delitto di corruzione tentata nel caso in cui la proposta del pubblico ufficiale dia luogo ad un inizio di trattative aventi ad oggetto il compenso (nella specie, relativa ad un'ipotesi di corruzione impropria susseguente, trattavasi di una richiesta, no accolta, di compenso rivolta da un medico ad nua donna per l'estio positivo di una visita sanitaria cui il marito della stessa era stato sttoposto da una commissione medica invalidità civili presso una U.S.L.) * Cass. pen., sez, VI, 16 agosto 1990, n. 11461 (ud. 16 marzo 1990), Sabusco (*C.p., atr. 318*).

IV

CORRUZIONE PER UN ATTO CONTRARIO AI DOVERI D'UFFICIO

A) Estremi

48. Il delitto di corrzione, attiva o passiva (artt. 318, 319 c.p.), può sussisteree se ed in quanto il patto di corruzione coinvolga il pubblico ufficiale (o l'nicaricato di pubblico servizio). Ne consegue che, ogni qual volta via sia un intermediario, l'azione corruttrice non debe arrestarsi a quest'ultimo, ma debe, quanto meno, essere nota al pubblico ufficiale competente ad emettere l'atto di mercimonio; debe, cioè, potersi ricavare univocamente dai fatti il consenso del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio) alla pattuizione illecita. (Nella specie, la Corte ha rigettato il ricorso del difensore, in fase di indagini preliminari, avverso provvedimento cautelare coercitivo per il reato di corruzione cautelare coercitivo per il reato di corruzione –in cui non era ancora identificato il pubblico ufficiale, ma erano accertate la corresponsione di danaro al partito politico cui il pubblico ufficiale era legato e l'aggiuzicazione di appalti agli indagati erogatori delle somme– motivato sulla esistenza, ritenuta gravemente indiziante, di un nesso causale inscindibile tra le prestazioni in danaro e l'aggidicazione degli appalti). * Cass. pen., sez, VI, 27 marzo 1993, n. 277 (c.c. 1 febbraio 1993), Binasco ed altro. (*C.p., art. 318; c.p., art. 319*).

49. Il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d' ufficio o del servizio sussiste tutte le volte che l'atto d'ufficio compiuto dal pubblico ufficiale violi uno qualsiasi dei doveri connesi ufficiale violi uno qualsiasi dei doveri connessi all'esercizio delle funzioni svolte dal pubblico ufficiale medesimo. È sufficiente pertanto che la scelta discrezionale sia determinata non dalla convenienza ed opportunità della pubblica amministrazione per il miglior raggiungimento dei suoi fini istituzionali ma dall'interesse del privato corruttore. * Cass- pen., sez, VI, 6, settembre 1990, n. 12168 (ud. 27 aprile 1990), Pistoni (*C.p., art. 319*).

50. Ai fini della distinzione fra atto contrario e atto conforme ai doveri d'ufficio, con riferimento al principio di imparzialità della p.a., nell'individuazione della qualificazione giuridica del fatto come corruzione propria od impropria, occorte accertare concretamente la sussistenza di un 'ingiustizia manifesta per disparità di trattamento, la quale si realizza soltanto in presenza di un'indebita precedenza accordata dal pubblico funzionario alla posizione di un determinato soggetto, in violazione d'un ordine precostituito, fissato allo scopo di garantire l'uguale trattamento di uguali situazioni. * Cass. pen., sez, VI, 4 novembre 1982, Desiderio.

51. Nel delitto di corruzione propria «antecedente» di cui all'art. 319 c.p., l'atto di ufficio oggetto di mercimonio non va inteso in senso formale, dovendo la locuzione ricomprendere qualsivoglia comportamento del pubblico ufficiale che sia in contrasto con norme giuridiche o con istruzioni di servizio o che comunque violi i doveri di fedeltà, imparzialità e onestà che debbono osservarsi da chiunque eserciti una pubblica funzione. * Cass. pen., sez, VU, 26 marzo 1993, n. 2991 (ud. 29 ottobre 1992), P.M. in proc. Riso ed altro, (*C.p., art. 319*).

52. Non si realizza la fattispecie criminosa punita dall'art. 319 c.p., qualora l'attività illecita si debba esaurire e realmente si esaurisce in un mero interessamento presso i pubblici ufficiali addetti alla cognizione delle relative pratiche. * Cass. pen., sez, V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

53. Per la sussistenza del delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri dell'ufficio o del servizio non è necessario che l'agente abbia una competenza specifica rispetto al compimento dell'atto oggetto del mercimonio, essendo sufficiente che, in virtù della sua appartenenza all'ufficio o all'organo competente, egli abbia una concreta possibilità di interferire o, comunque, di influire sull'emanazione dell'atto. * Cas. pen., sez, VI, 7 settembre 1993, n. 2390 (c.c. 14 luglio 1993), Cappellari (*C.p., art. 319*).

54. L'elemento soggettivo della corruzione, è il dolo specifico, caratterizzato dal fine di omettere o ritardaere un atto dovuto o compiere un atto contrario ai doveri di ufficio. Ai fini del reato è irrilevante che si tratti di dovere di ufficio generico o specifico oppure che l'atto contrario ai doveri di uffico costituisce reato o semplice mancanza disciplinare. * Cass. pen., sez, V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

55. Nel delitto di corruzione l'individuazione dell'atto e del comportamento contrario ai doveri di ufficio, da parte dei contraenti il *pactum sceleris* ricorre anche quando la controprestazione della promessa o della dazione dell'utilità sia costituito da un comportamento del pubblico ufficiale ben deetrminato nel suo contenuto, anche se suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti singoli non specificamente previsti e programmati. La qualcosa può verificarsi allorchè il pubblico ufficiale si impegni, nell'ambito di un rapporto di consulenza a caratte continuativo, ad aiutare il contribuente ad evadere le imposte afferenti ad una sua ben precisa e determinata attività economica. Ne consegue che se la consulenza riguarda attività che il pubblico ufficiale è pubblico ufficiale è tenuto a vigilare nell'esercizo delle sue specifiche incombenze di ufficio, una volta che questo tipo di rapporto è accertato, per escludere il reato *de quo* occorre valutare il comportamento successivo tenuto dal pubblico ufficiale. Infatti, se dal momento consumativo del delitto *de quo* esula certamente l'effettivo compimento dell'atto tanto che il reato si consuma anche se il pubblico ufficiale non faccia seguire alla promessa o alla ricezione dell'utilità l'atto che si è impegnato a compiere, l'effettiva realizzazionè dell'atto stesso sostanzia un elemento di prova determinante in ordine all'effetiva portata del *pactum sceleris* (Nella specie l'imputato era accusato di corruzione propria per aver ricevuto assegni bancari di vario importo onde omettere atti del proprio ufficio o per compiere atti contrari ai proprio ufficio o per compiere atti contrari ai propri doveri di ufficio, allorché, quale ispettore fiscale aveva suggerito alla società che ispezionava alcuni stratagemmi diretti ad evadere il fisco presso cui svolgeva attività di consulenza). * Cass. pen., sez, VI, 29 ottobre 1985, n. 9998 (ud. 15 maggio 1985). Paolucci.

B) Oggetto del reato

56. Ai fini del delitto di corruzione, perché sia compiutamente realizza la «promessa» è sufficiente un impegno qualsiasi ad eseguire in futuro la «controprestazione» purchè questa sia ben individuata e suscettibile di attuazione. Che poi l'atto illecito non sia compiuto a causa del mancato verificarsi delle condizioni che ne avrebbero reso possibile l'esecuzione, non rivela, posto che il delitto di corruzione propria si perfeziona con l'accettazione della promessa. * Cass. pen., sez, VI, 10 luglio 1990, n. 10092 (ud. 20 marzo 1990), Paduletto. (*C.p., art. 319*).

C) Rapporto con altri reati

57. I reati di corruzione e di truffa aggravata commessi da pubblico ufficiale, pur avendo in comune la qualità del soggetto passivo e l'abuso da parte di questi della pubblica funzione al fine di conseguire un debito profitto, si differenziano per il fatto che, nella corruzione colui che dà o promette non è vittima di un errore e agisce su di un piano di parità con il pubblico ufficiale nel concludere un negozio giuridico illecito in danno della pubblica amministrazione; nella truffa, invece, il pubblico ufficiale si procura un ingiusto profitto sorprendendo la buona fede del soggetto passivo mediante artifici o raggiri ai quali la qualità di

pubblico conferisce maggiore efficacia. Integra perciò il reato di corruzione e non quello di truffa la condotta del pubblico ufficiale che riceve una somma di denaro per un atto contrario ai doveri di ufficio consegnatagli spontaneamente e non in conseguenza di artifici e raggiri. * Cass. pen., sez, VI, 28 maggio 1988, n. 6357 (ud. 2 febbraio 1988), Simone (*Cod.pen., art. 319*).

D) Istigazione alla corruzione

58. L'elemento materiale del reato di istigazione alla corruzione di cui all'art. 322 c.p. consiste nella effetiva offerta o promessa di danaro od altra utilità, ancorché non determinato nella quantità o qualità, con la quale l'agente intende compensare il pubblico ufficiale per indurlo o a compiere un atto del suo ufficio o ad ometterlo ovvero a compiere un atto contrario ai propri doveri. Occorre, cioè, una promessa seria ed idonea a conseguire lo scopo perseguito dall'agente, per cui il reato è escluso solo qualora manchi la idoneità potenziale dell'offerta o della promessa a conseguire lo scopo perseguito dall'autore per l'evidente ed assoluta impossibilità del pubblico ufficiale di tener il comportamento illecito richiestogli. * Cass. pen., sez, VI, 18 luglio 1988, n. 8093 (ud. 11 novembre 1987), Erba.

59. Agli effetti dell'idoneità potenziale della promessa di denaro, a funzionare come mezzo di corruzione del pubblico ufficiale, non è neccessario che l'offerta o la promesa siano formulate al pubblico ufficiale in via diretta ed immediata, essendo parimenti incriminabile, come ipotesi di istigazione alla corruzione, la condotta della persona che si interpone, in veste di intermediario ed alla cui iniziativa, volontaria e cosciente, comunque è riconducibile la formulazione della proposta illecita. * Cass. pen., sez, VI, 3 marzo 1980, n. 2950 (ud. 25 luglio 1979, n. 1468), Berti.

60. Risponde di istigazione alla corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio chi offer una somma di danaro al curatore di un fallimento per indurlo a fargli accordare la preferenza nell'acquisto di un cespite fallimentaer. * Cas. pen., sez, VI, 23 ottobre 1968, n. 1354, Fringuelli.

61. Nell'istigazione alla corruzione –tipico reato di pericolo, che non cnosente il tentativo, in quanto la promessa o l'offerta rivolta al pubblico ufficiale realizza istantaneamente il reato, indipendentemente dall'atteggiamento e dal comporamento dell'istigato– non può trovare posto la figura dell'agente provocatore, perché se l'azione di cosui venisse esplicata prima dell'istigazione e ne fosse la causa, il fatto integrerebbe ipotesi delittuose diverse da quella disciplinata dall'art. 322. * Cass. pen., sez, VI, 27 marzo 1972, n. 437, Giuffrida.

V

ABUSO D'UFFICIO

A) Condizioni per la punibilità. Rapporto con le precedenti fattispecie di abuso innominato e interesse privato in atti d'ufficio

62. In tema di reati contro la pubblica amministrazione, il bene giuridico protetto è quello stesso tutelato dall'art. 97 della Costituzione, ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. L'attentato a tali beni, che l'art. 323 c.p., mod. Dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, intende punire, è solo quello che viene attuato con un abuso funzionale, che si evidenzia come tale sul piano oggettivo, prima ancora dell'esame dell'elemento psicologico, perché non può non riconoscersi un preciso significato di tipicizzacione del reato alla sostituzione della vecchia dizione «abusando» (dei poteri) con la nuova «abusa» (del suo ufficio) nonché alla costruzione dell'elemento psicologico del reato nella forma del dolo specifico. L'abuso d'ufficio, così inteso in senso obiettivo, prescinde dall'inquadramento dell'atto in possibili vizi amministrativi, ma va ricollegato alla deviazione di esso della causa tipica o da altro elemento essenciale previsto dal legislatore (oggetto, forma se richiesta ad substantiam, e perfino i motivi, se assumono rilievo nella tipicizzazione dell'atto), discendendo il principio della tipicità degli atti amministrativi direttamente dal principio costituzionale dell'imparzialità dell'amministrazione. * Cass. pen., sez, VI, 27 maggio 1991, n. 5586 (ud. 12 marzo 1990), Cherubini. (*C.p., art. 323*).

63. L'abuso richiesto per l'integrazione del fatto-reato previsto dall'art. 323 c.p., quale sostituito dall'art.13 della L. 26 aprile 1990, n. 86, debe intendersi come esercizio del potere per scopi diversi da quelli imposti dalla natura della funzione, così, per un verso, da far conseguire all'atto comportamento uno scopo estraneo rispetto a quello preordinato dalla norma e, per un altro verso, da realizzare un verso eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa presupposto. * Cass. pen., sez, VI, 10 gennaio 1992, n. 173 (ud. 25 ottobre 1991), P.G. in proc. Giunta (*C.p., art. 323*).

64. L'abuso di ufficio è configurabile non solo in riferimento ad atti tipici della funzione amministrativa, ma anche in relazione ad attività soggeto al diritto privato; anche nel compimento di queste attività il pubblico ufficiale perseguefinalità pubbliche che, secondo la legge, possono essere realizzate più agevolmente mediante l'impiego di strumenti propri del diritto privato. In realtà, quanto meno la scelta del contraente viene effettuana nell'esercizio di poteri pubblici, giacché in nessum caso la pubblica amministrazione può prescindeer dalla valutazione dell'interesse pubblico. * Cas. pen., sez, VI, 7 maggio 1991, n. 5086 (ud. 12 dicembre 1990), Petrone (*C.p., atr. 323; c.p., art. 357; D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, art. 28*).

65. In etma di reati contro la pubblica amministrazione, la condotta, sinteticamente riassunta nel fatto di chi «abusa del suo ufficio», di cui alla nuova fattispecie dell'art. 323 c.p., comprende qualsiasi strumentalizzazione dell'ufficio pubblico per finalità non consentita e ricorre quando il pubblico ufficiale compie atti per uno scopo diverso da quello previsto dalla legge. * Cass. pen., sez, V, 1 febbraio 1993, n. 865 (ud. 19 novembre 1992), Felici (*C.p., art. 323*).

66. L'abuso di ufficio, quando si concretizzi in un vero e proprio atto amministrativo, comporta necessariamente la conseguenza che quest'ultimo, ancorché

suscettibile di apparire, in sé e per sé, perfettamente legittimo, sia in realtà affetto almeno dal vizio di eccesso (o sviamento) di potere. Ad un tal vizio possono, talvolta, accompagnarsi anche quelli dell'incompetenza o della violazione di legge i quali, però, di per sé, pur potendo costituire sintomo o indizio dell'abuso, non sono sufficienti a dimostrarne l'esistenza, occorrendo comunque la prova, a tal fine, che vi sia stato anche il suddetto sviamento di poteer. * Cass. pen., sez, VI, 1 ottobre 1992, n. 9588 (ud. 14 gennaio 1992), P.G. in proc. Baccalini e altri. (*C.p., art. 323; L. 26 aprile 1990, n. 86, art. 13*).

67. Rispetto ai fatti di interesse privato in atti d'ufficio commessi prima delle modificazioni normative operate dalla L. 26 aprile 1990, n. 86, che ha abrogato l'art. 324 c.p. e sostituito l'art 323 stesso codice, occorre accertare, a norma dell'art. 2 c.p., se secondo la legge posteriore essi costituiscano o meno reato e, in caso positivo, occorre applicare la disposizione più favorevole per l'imputato, individuata tra quella che per il fatto constestato ed accertato sarebbe stata applicabile prima e quella che sarebbe applicabile dopo l'entrata in vigore della L. n. 86 del 1990. Di conseguenza debe applicarsi l'art. 324 c.p. nei confronti di quei fatti che, nei termini in cui sono stati contestati ed accertati, rientrerebbero nel nuovo art. 323 comma secondo, c.p., dal momento che questa disposizione risulterebbe meno favorevole per la previsione di una più elevata pena minima. * Cass. pen., sez. V, 17 agosto 1990, n. 11495 (ud. 30 maggio 1990), Belleri. (*C.p., art. 2; c.p., art. 323; c.p., art. 324*).

B) Prova dell'abuso

68. Ai fini della prova dell'abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., quale sostituito dall'art. 13 L. 26 aprile 1990, n. 86, assumono rilievo sia l'atto o il comportamento singolarmente valutato (qualora questo esprima ex se il perseguimento di un fine diverso rispetto al fine tipico) sia quegli elementi sintomatici che, apparentemente estrinseci all'atto o al comportamento, consentono una verifica di più ampio contesto. Il che si verifica dando rilievo al presupposto di fatto da cui si esprime l'abuso, attraverso il coinvolgimento di singoli comportamenti (o di singole serie comportamentali) antecedenti, contestuali od anche successivi all'atto o al comportamento che designa l'abuso stesso, donde l'irrilevanza, anche nel nuovo regime, ove la condotta si manifesti attraverso provvedimenti, della loro legittimità. * Cass. pen., sez, VI, 10 gennaio 1992, n. 173 (ud. 25 ottobre 1991), P.G. in proc. Giunta (*C.p., art. 323*).

C) Condotta in genere

69. L'arbitrarietà del fatto o dell'atto, attribuito al pubblico ufficiale nel caso di abuso innominato di atti d'ufficio, va stabilita caso per caso secondo le norme del diritto pubblico, che definiscono la sfera di competenza del pubblico ufficiale stesso tenendo, peraltro, presente che detta arbitrarietà può ricorrere anche nell'atto discrezionale, non solo quando siano violate le norme dettate dalle legge

per l'esercizio del potere discrezionale, ma anche quando l'atto discrezionale sia compiuto con sviamento di poteer. * Cass. pen., sez, V, 8 ottobre 1983, n. 8043 (ud. 2 maggio 1983), Amitrano.

70. Il delitto di abuso di ufficio è reato di pericolo e si consuma nel momento in cui il fatto abusivo è commesso, anche se non si verifichi un danno o non si procuri ad altri un effetivo vantaggio. * Cass. pen., sez, VI, 18 febbraio 1989, n. 2750 (ud. 23 dicembre 1988), D'Alessandro. (*Cod.pen., art. 323*).

71. Il giudice penale può sempre indagare sull'attività vincolata o discrezionale del pubblico ufficiale per accertaer se il potere a questi conferito dalla legge fu esercitato per scopi di interesse pubblico o al fine di raggiungere, attraverso l'esercizio del pubblico potere, una finalità privata. (Applicazione in tema di abuso di ufficio *ex* art. 323 c.p.). * Cass. pen., sez VI, 15 settembre 1976, n. 8825 (ud. 19 gennaio 1976), Cornelii.

72. In relazione al delitto di abuso di ufficio, il vizio di violazione di legge costituisce, di regola, il sintomo della condotta di abuso, mentre l'illegittimità che designa l'atto in cui si esprime la condotta descrita dall'art. 323 c.p. è sempre rappresentata dallo sviamento di potere: dall'esercizio, cioè, del potere per un fine improprio rispetto a quello funzionale, così, per un verso, da far conseguire all'atto uno scopo estraneo rispetto a quanto preordinato dalla norma e, per un altro verso, da ealizzare una sorta di eccesso del mezzo rispetto al fine tipico da essa persupposto. * Cass. pen., sez, VI, 30 agosto 1993, n. 8280 (ud. 30 giugno 1993), Bisogno. (*C.p., art. 323*).

D) Elemento soggettivo

73. Il reato di cui a ll'art. 323 c.p. richiede che il pubblico ufficiale si prospetti, con il compimento dell'atto, il fine di recare ad altri un danno o di procurare un vantaggio. Pertanto l'elemento soggettivo richiesto per la configurabilità del delito di abuso di ufficio consiste nel dolo specifico. * Cass. pen., sez, VI, 18 maggio 1990, n. 7076 (ud. 23 giugno 1989). Carmentano (*C.p., art. 323*).

74. Dalla nouva indicazione del dolo specifico contenuta nel secondo comma dell'art. 323 c.p., come modificato dalla L. n. 86/1990, rappresentata dal procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, si deduce che il vantaggio perseguito dal pubblico ufficiale, mediante deviazione dai doveri istituzionali, debe essere difforme dal diritto. (In motivazione, la Suprema Corte ha rimarcato come tale elemento differenziale risulti evidente dal rapporto con la previgente disciplina, per la quale il dolo consisteva nel fine di recaer ad altri un danno o di procurargli un vantaggio, e come l'aggiunta dell'aggettivo «ingiusto» comporti una restrizione dell'area un tempo coperta dall'illecito penale, poiché ne restano fuori i comportamenti abusivi finalizzati a procurare un vantaggio conforme al diritto). * Cass. pen., sez, VI, 21 gennaio 1994, n. 600 (ud. 15 ottobre 1993), Montali, (*C.p., art. 323, L. 26 aprile 1990, n. 86*).

75. Nel reato di abuso di ufficio previsto nel secondo comma, dell'art. 323, c.p., nel testo risultante dalla modifica introdotta con L. 26 aprile 1990, n. 86, la sussitenza del dolo specifico, costituito dal fine di procurare a sè o ad altri un vantaggio patrimoniale, può essere desunto anche da una pluralità di indizi quando questi siano gravi, precisi e concordanti. * Cass. pen., sez, VI, 12 novembre 1992, n. 10917 (ud. 17 settembre 1992). Maggiorani. (*C.p., art. 323*).

76. Nel reato di abuso di atti di ufficio, di cui all'art. 323 c.p., l'elemento psichico è costituito non solo dal cosciente e volontario uso illegittimo dei poteri di ufficio ma anche dalla strumentalizzazione dell'atto a vantaggio del destinatario, creando in suo favore una situazione giuridico – amministrativa della quale il privato non avrebbe una legittima aspettativa. * Cass. pen., sez, VI, 12 novembre 1983, n. 9554 (ud. 7 luglio 1983), Bovo.

VI

VIOLENZA O MINACCIA A UN PUBBLICO UFFICIALE – RESISTENZA A UN PUBBLICO UFFICIALE

77. Nel delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale, la violenza o la minaccia costitutiva del reato viola un bene giuridico specifico, e cioè l'interesse dello Stato al normale funzionamento e al prestigio della pubblica amministrazione, oltre quello concernente la libertà morale e l'incolumità fisica dell'individuo, ed inoltre, il soggetto passivo di tal reato è essenzialmente un pubblicfo ufficiale. * Cass. pen., sez, I, 16 luglio 1981, n. 7097 (ud. 2 aprile 1981), Saitta.

78. Il delitto di violenza a pubblico ufficiale non ha come sua obiettività giuridica la tutela della incolumità fisica del pubblico ufficiale, bensì la libertà del medesimo al compimento degli atti del suo ufficio. Integra, pertanto, il delitto *de quo* qualsiasi comportamento palesemente o intenzionalmente aggressivo, idoneo a generare timore e a limitare la libertà morale del soggetto passivo (Nella specie èstato ritenuto delitto di cui all'art. 336 c.p. l'aver sparato im colpo di pistola contro un carabiniere in servizio di controllo, senza colpirlo e senza intenzione di colpirlo, colpo valutato come idoneo a far desistere il limite dal compimento di un atto del suoo ufficio). * Cass. pen., sez, I, 14 marzo 1988, n. 3316 (ud. 4 novembre 1987). Lopardo.

79. Il delitto, di cui all'art. 336 c.p.., è reato di mera condotta assistita da dolo specifico e si consuma indipendentemente dal raggiungimento dello scopo prefissosi dal reo o dalla possibilità, in concreto, da parte del pubblico ufficiale di soddisfare l'intimazione ogni volta che l'atto o il fatto richiesto concerne l'attività amministrativa dell'ente al cui servizio è svolto il lavoro del pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez, VI, 29 ottobre, 1985, n. 10005 (ud. 22 maggio 1985), Nasta.

80. In erlazione al delitto di violenza a pubblico ufficiale deve considerarsi violenza attiva non solo l'esplicazione di forza aggressiva, ma anche quella

statica, purché chiaramente minacciosa e percepita come tale dal pubblico ufficiale, sì da farlo desistere dal compimento di un atto di ufficio. (Nella fattispecie è stato ravvisato il reato di violenza di cui all'art. 336 c.p. nell'attività consistita nel mettersi davanti all'ingresso della segreteria di un istituto scolastico allo scopo di impedire la presa di possesso di un custode giudiziario nominato dal presidente del tribunale). * Cass. pen., sez, III, 6 luglio 1983, n. 6293 (ud. 29 aprile 1983), Ledda.

81. Per la sussistenza del reato di cui all'art. 336 c.p. è neccessaria la coscienza e la volontà di usare la violenza o la minaccia per il fine, propostosi dall'agente, di costringere il pubblico ufficiale a fare un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio, fine che indica il dolo specifico che determina l'azione, non essendo necessario che la violenza consegua l'effetto di impedire in modo definitivo l'esplicazione della pubblica funzione o del servizio in relazione a un oggetto determinato. * Cass. pen., sez, VI, 27 settembre 1972, n. 1049, Verdianelli ed altro.

82. Integra il reato di minaccia a pubblico ufficiale la espressione usata dall'imputato nei confronti di un agente di custodia di «spaccargli la testa con un bastone se avesse redatto un rapporto». * Cass. pen., sez, VI, 12 aprile 1986, n. 2895 (ud. 27 novembre 1985), Mastromarino, (*Cod.pen., art. 336*).

83. Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 336 c.p. la violenza o minaccia possono essere esercitate con qualsiasi mezzo idoneo a turbare o ad impedire l'attività del pubblico ufficiale (Nella specie, l'imputato alla guida di un autocarro imbarcato su nave –traghetto senza la prescritta autorizzazione, allo scopo di sbarcare, nonostante «le contrarie avvertenze» avute dal pubblico ufficiale competente, «procedeva a scossoni nella sua direzione costringendo a spostarsi per non essere investito»). * Cass. pen., sez, VI, 29 maggio 1982, n. 5473 (ud. 23 febbraio 1982), Spumato.

84. L'efficacia intimidatrice di una frase, che la fa qualificare, a seconda dei casi, come reato di cui all'art. 336, o all'art. 337 ovvero all'art. 612 c.p., è direttamente proporzionale all' attuabilità del danno, che ne formi oggetto. Di conseguenza, se il male minacciato si presenta ex se, non concretamente eralizzabile, non è configurabile alcuna aggressione, penalmente rilevante, alla sfera psichica del soggetto passivo. Se, però, il profferire alcune parole apparentemente minacciose manifiesta, e raggiunge, l'intento dell'agente di esprimere il proprio disprezzo perl'interlocutore, esso integra, a seconda dei casi, gli estremi del reato di cui all'art. 341 o di quello di cui all'art. 594 c.p. (Nella specie la Cassazione ha ritenuto che la minaccia dell'imputato di sodominzzare gli agenti operanti non presentasse alcuna oggettiva attitudine ad intimorire, ma costituisse una plateale offesa al loro prestigio e, dunque, integrasse il reato di cui all'art. 341 c.p.). * Cass. pen., sez, VI, 24 agosto 1993, n. 8008 (ud. 10 giugno 1993), Ravidà. (*C.p., art. 336; c.p., art. 341; c.p., art. 594; c.p., art. 612*).

VII
RESISTENZA A UN PUBBLICO UFFICIALE

A) Generalità

85. Perché si realizzi il delitto di resstenza a pubblico ufficiale è sufficiente che il soggetto attivo eserciti un'energia fisica per impedire al soggetto passivo il compimento dell'atto che questi sta eseguendo, e non ha alun rilievo la circostanza che l'energia si estrinsechi sulla persona del pubblico ufficiale si estrinsechi sulla persona del pubblico ufficiale operante o sulle cose che questi intende sequestrare. (Nella specie l'imputato aveva strappato il fucile e le cartucce al guardiacaccia che glieli aveva sequestrati). * Cass. pen., sez, VI, 30 novembre 1974, n. 9391 (ud. 7 giugno 1974, n. 1129), Stafforini.

86. Per la configurabilità del delitto di resistenza a pubblico ufficiale non è necessario che sia intaccta la libertà di azione del P.U., essendo sufficiente l'uso di violenza o minaccia per opportsi al compimento da parte dello stesso di un atto d'ufficio o di servizio, indipendentemente dall'effetto positivo o meno di tale azione e dal concreto verificarsi di un impedimento che ostacoli il compimento di uno degli atti predetti. * Cass. pen., sez, II, 29 novembre 1986, n. 13343 (ud. 5 aprile 1986), Illiano.

87. Ad integrare l'elemento materiale del delittop di resistenza a pubblico ufficiale è sufficiente la violenza cosiddetta impropria, che può essere esercitata anche su persona diversa dal soggetto passivo o sulle cose e che comprende nella sua lata accezione ogni comportamento idoneo ad impedire o ad ostacolare l'esplicazione della pubblica funzione. (Nella specie l'autore del reato aveva minacciato di ferirsi con i vetri di una bottiglia per ottenere che gli agenti di custodia del carcere ove egli era detenuto non compissero l'atto di consegna della sua persona ai carabinieri nicaricati della traduzione presso altro istituto penitenziario). * Cass. pen., sez, VI, 11 febbraio 1989, n. 2020 (ud. 21 novembre 1988), Tropeano (*Cod.pen., art. 337*).

88. Nel reato di resistenza a pubblico ufficiale l'elemento psicologico consiste nella coscienza e volontà di precludere al pubblico ufficiale con una condotta minacciosa e violenta l'atto d'ufficio rietnuto pregiudizievole per i propri interessi. Ne consegue che risponde del reato su indicato colui il quale abbia nei confronti di un vigile urbano in servizio e che gli richienda dei documenti per l'identificazione una condotta tanto violenta da produrglil delle lesioni personali. * Cass. pen., sez, VI, 14 marzo 1986, n. 2089 (ud. 28 novembre 1985), Marrone (*Cod.pen., art. 337*).

89. L'ignoranza della qualificazione giuridica (pubblico ufficiale) della persona offesa non vale ad escludere l'elemento psicologico del delitto di resistenza quando l'agente debba necessariamente sapere che essa esercita, in atto, una

determinata funzione pubblica. Ne consegue che nel caso in cui un carabiniere proclamatosi tale, cer chi di tutelare l'ordine pubblico, ostacolando il tentativo di un tifoso di invadere il campo da gioco, colui che gli opponga resistenza, o induca altri a farlo, non può legittimamente affermare che esuli, dal proprio comportamento, la volontà cosciente di usare violenza al pubblico ufficiale, assumendo di non avere compreso che si trovava alla presenza di un pubblico ufficiale nell'esercizio di una funzione tipica del di lui ufficio. * Cass. pen., sez, VI, 26 giugno 1992, n. 7445 (ud. 2 aprile 1992), Gori (*C.p., art. 337*).

90. In caso di violenza usata dall'imputato per sottrarsi all'arresto della parte lesa che si sia avvalsa della facoltà di arresto conferita ai privati dall'art. 242 c.p.p., per il perfezionamento del delitto di resistenza a pubblico ufficiale occorre che il privato, al quale compete in linea di pricipio la facoltà di procedere all'arresto, si sia avvalso di essa effettivamente ed in concreto e che l'intenzione di eseguire l'arresto, atto di imperio destinato ad addivenire alla consegna alla polizia giudiziaria della persona colta in flagranza di reato, non soltanto esista, ma in qualche modo appaia, se non con un'esplicita affermazione in tal senso, almeno con un comportamento concludente dal quale l'intenzione stessa possa essere desunta. * Cass. pen., sez, II, 16 febbraio 1985, n. 1690 (ud. 24 novembre 1984), Tenuta.

91. l'esimente di cui all'art. 4 D.L.vo Lgt. 14 settembre 1944, n. 288, postulando che il pubblico ufficiale «abbia dato causa al fatto... eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni», presuppone, da un lato, un rapporto causale ra la reazione dell'agente e la condotta arbitraria del pubblico ufficiale e che non può, quindi, farsi consistere di una mera occasionalità dovendo costituire la ragione determinante della condotta offensiva, dall'altro lato, l'illegittimità dell'azione del pubblico ufficiale, improntata ad uno scopo di vessazione e di sopraffazione che, esauerndosi di una finalità esclusivamente personale dello stesso pubblico ufficiale, intercorre il rapporto con l'ufficio pubblico in cui è inserito ed i forza del quale è conferita la qualifica pubblica. * Cass. pen., sez, VI, 9 luglio 1993, n. 6864 (ud. 3 maggio 1993), Scaduti (*C.p., art. 337; c.p., art. 341; D.L.vo. Lgt. 14 settembre 1944, n. 288, art. 4*).

B) Rapporto con altri reati

92. L'art. 337 c.p. (resistenza a un pubblico ufficiale) non esige, a differenza dell'art. 336 stesso codice (violenza o minaccia a un pubblico ufficiale), che la violenza o minaccia sia usata sulla persona del pubblico ufficiale, ma richiede soltanto che sia usata per opporsi allo stesso nel compimento di u atto o di un 'attività del suo ufficio. Ne consegue che, a concretare il delitto di ersistenza, è sufficiente anche la mera violenza sulle cose, quando si indirizza a turbare, ostacolare o frustrare il compimento dell'atto di ufficio. (Nella specie, relativa a rigetto di ricorso, l'imputato sosteneva la non configurabilità del reato di cui all'art. 337 c.p., che sarebbe stato ravvisato dai giudici di merito nel solo fatto di avere strappato un biglieto dalle mani dei carabinieri, dando alla fuga, e tentando

di ingoiarlo o comunque strapparlo). * Cass. pen., sez, VI, 12 dicembre 1992, n.11897 (ud. 9 ottobre 1992).

93. Il delitto di resistenza a pubblico ufficiale assorbe soltanto quel minimo di violenza che si concreta nelle percosse e non già quegli atti, che, esorbitando da tali limiti, siano causa di lesioni personali. In ques t'ultima ipotesi l'ulteriore delitto di lesione, stante il sup carattere autonomo, concorre con quello di resistenza, con l'effetto, però, che se l'atto di violenza, con il quale'agente ha prodotto consapevolmente le lesioni, non sia fine a sé stesso, ma venga posto in essere allo scopo di resistere al pubblico ufficiale, si realizza il presupposto per la sussistenza dell'aggravante della connessione teleologica. Ne consegue che risponde di entrambi i reati sopra indicati colui il quale percuota con pugni e calci e getti ammoniaca sui volti dei pubblici ufficiali, onde opporsi a che essi e un loro collega esercitino le loro funzioni e procedanno al suo arresto. * Cass. pen., sez, VI, 12 maggio 1986, n. 3595 (ud. 23 aprile 1986), Peressini.

94. L'efficacia intimidatrice di una frase, che la fa qualificare, a seconda dei casi, come reato di cui all'art. 336, o all'art. 337 ovvero all'art. 612 c.p., è direttamente proporzionale all'attuabilità del danno, che ne formi oggetto. Di conseguenza, se il male minacciato si presenta ex se, non concretamente eralizzabile, non è configurabile alcuna aggressione, penalmente rilevante, alla sfera pschica del soggetto passivo. Se, però, il profferire alcune parole apparentemente minacciose manifesta, e raggiunge, l'intento dell'agente di esprimere il proprio disprezzo per l'agente di esprimere il proprio disprezzo per l'interlocutore, esso integra, a seconda dei casi, gli estremi del reato di cui all'art. 341 o di quello di cui all'art. 594 c.p. (Nella specie la Cassazione ha ritenuto che la minaccia dell'imputato di sodomizzare gli agenti operanti non presentasse alcuna oggettiva attitudine ad intimorire, ma costituisse una plateale offesa al loro prestigio e, dunque, integrasse il reato di cui all'art. 341 c.p.). * Cass. pen., sez, VI, 24 agosto 1993, n. 8008 (ud. 10 giugno 1993). Ravidá (*C.p., art. 336; c.p. art. 341; c.p., art. 594; c.p., art. 612*).

95. La distinzione tra il delitto di resistenza a pubblico ufficiale e l'oltraggio aggravato dalla violenza o minaccia sta in ciò che, nel primo, la condotta criminosa è specificamente diretta ad ostacolaer o impedire l'attività d'ufficio, nel secondo la violenza o la minaccia rimangono nell'ambito della manifestazione offensiva, quale espressione di semplice malanimo o disprezzo. (Nella specie è stato ritenuto sussisetnte il delitto di resistenza a pubblico ufficiale nel comportamento del soggetto che, invitato da un carabinieer a consegnargli il fucile con il quale stava esercitando abusivamente la caccia, oppose un rifiuto rivolgendogli la seguente frase: «il fucile non te lo dò, piuttosto te lo rompo in testa»). * Cass. pen., sez, VI, 18 egnnaio 1975 (ud. 19 novembre 1974), Valente.

96. Il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, previsto dall'art. 337 c.p., non resta assorbito nel reato complesso di rapina, stante la diversa caratteristica dell'esercitata violenza. Ne consegue che si ha violazione, con uniac azione, di due diverse disposizioni di legge, relative a distinte oggettività giuridiche protette e

quindi si è in presenza di un concorso formale eterogeneo di reati. * Cass. pen., sez, I, 25 febbraio 1983, n. 1696 (ud. 3 dicembre 1982), Magni.

97. La circostanza aggravante del nesso teleologico è applicabile al delitto di lesioni volontarie commesso per resistere ad un atto del pubblico ufficiale, anche se il reato mezzo (lesioni) ed il reato fine (resistenza) scaturiscono da una condotta crimonosa unica. In tal caso, infatti, sono diversi gli eventi ed i beni giuridici utelati e sussiste il nesso strumentale e finalistico che collega i du reati. * Cass. pen., sez, VI, 5 luglio 1985, n. 6753 (ud. 12 marzo 1985), Savasta.

98. I reati di resistenza a pubblico ufficiale e resistenza e violenza contro nave da guerra debbono considerarsi autonomi e distinti non solo nei loro elementi costitutivi, ma anche con riguardo all'interesse protetto, in quanto la prima afferisce alla tutela fisica del pubblico ufficiale soggettivametne individuato, mentre le altre, proprio per la loro collocazione legislativam attengono alla sicurezza ed alla disciplina della navigazione con riguardo in particolare alla polizia marittima ed allo *jus imperi* esercitato dallo Stato in un ambienet come quello marino nel quale esso più agevolmente può essere eluso. * Cass. pen., sez, III, 16 febbraio 1988, n. 1988 (ud. 16 dicembre 1987), Esposito.

VIII

OLTRAGGIO A UN PUBBLICO UFFICIALE

A) Soggetto attivo del reato

99. Nel reato di oltraggio a pubblico ufficiale il soggetto attivo può essere un pubblico ufficiale e tra essi, il superiore nei confronti dell'interiore. * Cass. pen., sez, VI, 19 maggio 1989, n. 7554 (ud. 9 giugno 1988), Ciurleo (*Cod.pen., art. 341*).

100. In tema di aoltraggio la locuzione –chiunque– è adoperata dall'art. 341 c.p. per indicare che offensore e responabile della violazione può essere qualunque persona, sia o non sia pubblico ufficiale, È pertanto giuridicamente possibile la realizzazione dell'azione tipica anche ad opera di altro pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio. * Cass. pen., sez, VI, 14 gennaio 1983, n. 286 (ud. 26 ottbre 1982), Fortino.

B) Elemento soggettivo

101. In tema di oltraggio a pubblico ufficiale, quale previsto dall'art. 341 c.p., l'elemento soggettivo è costituito dalla consapevolezza, nell'agente, della potenzialità oltraggiosa della frase pronunciata e dalla volontà di rivolgerla al soggetto passivo del reato, a nulla rivelando il motivo ispiratore della condotta o il fine cui tende l'offesa, che possono essere presi in considerazione unicamente

allo scopo di concedere le attenuanti generiche. * Cass. pen., sez, VI, 3 febbraio 1986, n. 1227 (ud. 20 novembre 1985), Bavata.

102. Per la consumazione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, di cui al'art. 341 c.p., non è richiesta la deliberata intenzione di offendere l'onore o il prestigio del pubblico ufficiale, ma è sufficiente la consapevolezza dell'oggettivo significato oltraggioso del proprio comportamento. * Cass. pen., sez, VI, 20 gennaio 1992, n. 475 (ud. 20 novembre 1991), Meo. (*C.p., art. 341*).

103. Nel delitto di oltraggio il dolo non è necessariamente *in re ipsa*, ma, a seconda delle circostanze, occorre indagare anche sulle reali intenzioni dell'agente (con esclusione, ad esempio, del carattere ingiurioso nel caso di riferimento delle parole a situazioni contingenti non coinvolgenti direttamente il pubblico ufficiale). Quando, invece, sia inequivoco il carattere oltraggioso delle frasi e le stesse risultimo obiettivamente profferite in presenza del pubblico ufficiale ed in un contesto che necessariamente lo coinvolge, il dolo debe considerarsi integrato. * Cass. pen., sez, VI, 19 novembre 1986, n. 12956 (ud. 10 luglio 1986), Di Ghero.

104. Il fatto che una espressione oltraggiosa ricorra frenquentemente nel linguaggio del volgo non vale a privarla del suo contenuto oltraggioso, essendo sufficiente per il delitto di oltraggio il dolo generico consiste nella consapevoleza nel soggetto attivo del significato oltraggioso delle parole usate. * Cass. pen., sez, VI, 3 marzo 1984, n. 2044 (ud. 20 dicembre 1983), Gadoni.

105. L'ignoranza della qualificazione giuridica della persona offesa non vale ad escludere l'elemento psicologico del reato di oltraggio, quando l'agente sappia o debba necessariamente sapere che essa esercita una determinata funzione pubblica. * Cass. pen., sez, VI, 30 settembre 1988, n. 9604 (ud. 3 marzo 1988), Gardoni.

106. Non costinuendo il prestigio e la dignità della pubblica amministrazione beni disponibili, l'intento di scherzare, ovvero il rapporto di amicizia tra l'offensore ed il pubblico ufficiale, non escludono, allorché ricorrano gli altri presupposti, la configurabilità del reato di oltraggio. * Cass. pen., sez, VI, 15 giugno 1981, n. 5952 (ud. 13 marzo 1981), Raponi.

107. Al delitto di oltraggio non è applicabile l'esercizio del diritto di critica, tanto più quando la manifestazione oltraggiosa consiste in espresssioni pesantemente oscene. In tal caso, poiché il linguaggio osceno e scurrile è volto a diminuire il prestigio del pubblico ufficiale, non è configurabile neppure il reato di turpiloquio. * Cass. pen., sez, VI, 4 agosto 1981, n. 7849 (ud. 4 marzo 1981), Ricci.

108. Nel delitto di oltraggio a pubblico ufficiale le espressioni offensive pronunziate in stato di ubriachezza sono comunque idonne ad arrecare offesa perché lo stato di ebbrezza non esclude l'imputabilità né il dolo, nell'ipotesi in cui il soggetto attivo –a causa del suo stato– non abbia avuto la consapevolezza di trovarsi in presenza di un pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez, VI, 12 ottobre 1985, n. 9015 (ud. 10 aprile 1985), Banco.

C) Elemento oggettivo: casistica

109. Il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale si configure come reato plurioffensivo che lede il perstigio tanto della pubblica amministrazione quanto della persona fisica che la rappresenta (parte offesa primaria: l'una; secondaria: l'altra; mediata: la prima; inmmediata; la seconda). Ne consegue che, a norma degli artt. 555 comma primo lett. *b)* e 558 comma primo e secondo c.p.p., il decreto di citazione a giudizio per il detto reato va notificato anche al pubblico ufficiale oltraggiato, in quanto soggetto passivo inmediato del reato. * Cass. pen., sez, VI, 19 aprile 1993, n. 116 (c.c. 19 gennaio 1993), P.M. in proc. Pizziconi. (*C.p., art. 341; c.p.p., art. 555; c.p.p., art. 558*).

110. In maetria di oltraggio a pubblico ufficiale l'uso di un termine obiettivamente offensivo può, in una fattispecie concreta, perdere la sua valenza negativa ed assurgere ad esperessione di critica lecita dell'operato del pubblico ufficiale, ma perché ciò avvenga è necessario che il termine sia inmediatamente percepibile come giudizio che investa il comportamento del pubblico ufficiale e non la sua persona. * Cass. pen., sez, VI, 4 ottobre 1982, n. 8523 (ud. 13 maggio 1982), Amabilino.

111. Nel reato di oltraggio l'offesa può manifestarsi con qualsiasi mezzo idoneo e, quindi, anche semplicemente con atti e gesti suscettivi di ledere il prestigio del pubblico ufficiale, senza che occorra che sia fatto ricorso a contumelie o che si adoperino espressioni intrinsecamente offensive. * Cass. pen., sez, VI, 15 novembre 1985, n. 10687 (ud. 4 giugno 1985), Robertone.

112. Nell'ipotesi in cui l'offensore sia un superiore gerarchico dell'offeso e l'offesa dipenda da cause inerenti l'ufficio o il servizio è ravvisabile il delitto di oltraggio. Infantti, al superiore gerarchico non può disconoscersi un potere disciplinare nei confronti dell'inferiore, che può estrinsercarsi in un rimprovero verbale, in un richiamo severo e, nei casi previsti dalla legge, nell'esercizio di un procedimento disciplinare; tuttavia l'esercizio di tale potere non consente al superiore di ledere il prestigio dell'inferiore con un comportamento che sia in contrasto con le norme della civile convivenza e della buona educazione, anche nell'ipotesi in cui l'offesa sia stata deetrminata da ragioni attinenti l'ufficio o il servizio. * Cass. pen., sez, VI, 16 febbraio 1990, n. 2158 (ud. 30 ottobre 1989). Interlandi (*Cod.pen., art. 341*).

113. In tema di oltraggio, la facilità con cui vengono usate le espressioni più volgari e il diffondersi di tale abitudine non tolgono alle espressioni stesse la loro obiettiva capacità di offendere l'altrui prestigio, mentre il dolo è implicito nel fatto stesso, qualora quelle espressioni presentino, per il loro chiaro significato, un valore offensivo preciso e insuscettibile di interpretazioni ambigue. * Cass. pen., sez, VI, 30 agosto 1993, n. 8252 (ud. 31 maggio 1993), Salvatori. (*C.p. art. 341*).

114. Sussiste il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale, punibile ai sensi dell'art. 341 cod. pen., quando la frase, la parola, l'espressione adoperata siano

tali –per il loro contenuto e per le circostanze nelle quali vennero pronunziate– da costituire offesa al prestigio del pubblico ufficiale, il quale, trovandosi nell'esercizio delle sue funzioni, rappresenta e interpreta le esigenze della P.A. Né rileva che una data locuzione ricorra ormai frequentemente nel linguaggio comune, quando essa si trova inserita in un contesto che esprime, senza possibilità di equivoci, disprezzo e disistima per le funzioni del pubblico ufficiale, in quanto tale, perde il significato anodino e quasi senza importanza acquisito nell'uso comune ed esprime tutta la valenza offensiva che le è propria. (Nella specie, relativa a ritenuta sussistenza del reato, erano state rivolte ai pubblici ufficiale le frasi: «che me ne frega; tanto io ho i miliardi, e poi le vostre multe me le metto nelle balle» e «siete dei buffoni e dei pellegrini»). * Cass. pen., sez, VI, 17 gennaio 1989, n. 413 (ud. 29 novembre 1988), Strati (*Cod.pen., art. 341*).

D) Rapporto di causalità

115. In tema di oltraggio, il nesso causale tar l'offesa e l'esercizio della pubblica funzione sussiste tutte le volte che, sul piano oggettivo, via sia correlazione tra l'attività oltraggiosa del reo e l'attività in concreto svolta dal funzionario, indipendentemente dal contesto più o meno occasionale o dal motivo che può aver provocato o determinato l'intervento e l'esercizio della pubblica funzione. * Cass. pen., sez, VI, 29 ottobre 1985, n. 9961 (ud. 17 aprile 1985), De Gregorio.

116. Per la sussistenza del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale è necessario che fra l'offesa e le pubbliche funzioni intercorra un rapporto di natura causale o meramente cronologica. Nella prima ipotesi il comportamento offensivo ripete la sua causa dalla funzioni di cui è investilo il soggetto passivo, ma non si richiede l'attualità delle funzioni medesime, potendo tale condotta verificarsi anche quando il pubblico ufficiale non le eserciti concretamente e sin anche a norma dell'art. 360 c.p. quando il pubblico ufficiale abbia perduto tale qualità. Nella seconda é sufficiente che l'offesa venga recata anche per motivi personali e privati mentre il pubblico ufficiale attende al suo ufficio. Nel caso in cui l'oltraggio venga consumato mediante comunicazione telegrafica, telefonica, ovvero con scritti e disegni, è indispensabile il nesso di causalità fra la pubblica funzione e l'offesa. È cioè necessario che quest'ultima sia commessa *propter officium* e non soltanto *in officium.* * Cass. pen., sez, VI, 2 ottobre 1985, n. 8454 (ud. 28 maggio 1985), Del Monaco.

E) Soggetto passivo

117. In quanto reato contro la pubblica amministrazione, l'oltraggio è ipotizzabile anche se il destinatario delle espressioni ingiuriose non si sia sentito offeso nel prestigio: il bene tutelato in via principale dalla norma di cui all'art. 341 c.p. è, infatti, il decoro di cui ogni pubblica funzione debe essere circondata e non soltanto l'onore del privato cittadino che tale funzione in concreto riveste. * Cass. pen., sez, VI, 28 maggio 1985, n. 5393 (ud. 15 febbraio 1985), Ortisi.

F) Prova liberatoria

118. L'*exceptio veritatis* ammessa per i rei del delitto di ingiuria e di diffamazione, ai sensi del terzo comma dell'art. 596 c.p., non si riferisce e non può riferirsi a quello di oltraggio, per la diversa obiettività giuridica tutelata. * Cass. pen., sez, VI, 5 novembre 1980, n. 11458 (ud. 9 aprile 1980), Cucitore.

G) Oltraggio aggravato: comma secondo

119. La comunicazione scritta può integrare il delitto di oltraggio solo se espressioni ingiuriose in essa contenute siano dirette in modo non equivoco al pubblico ufficiale che si vuole offendere e da questi siano percepite. (Nella specie, sono stati esclusi gli estremi del reato in una lettera ingiuriosa indirizzata al Comando dei Carabinieri con la specifica richiesta di controllo sull'operato ritenuto illegittimo di pubblici ufficiali dipendenti). * Cass. pen., sez. VI, 24 ottobre 1972, n. 1249, Saltarelli.

120. In tema di oltraggio a pubblico ufficiale commeso mediante scritti o disegni diretti al pubblico ufficiale, il reato sussiste qualora le frasi offensive siano state tracciate in prossimità dell'abitazione del pubblico ufficiale. Infatti, una frase scritta nel luogo in cui abitualmente si trova la persona alla quale essa si riferisce (comme negli spazi stradali o sui muri prossimi alla sua abitazione o al suo ufficio) basta a creare quel rapporto diretto tra le espressioni di oltraggio ed il pubblico ufficiale, che costituisce il presupposto del reato suddetto. * Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 1973, n. 1211, Bosisio ed altro.

H) Oltraggio aggravato: comma quarto

121. La violenza può integrare un 'aggravante del delitto di oltraggio, sempreché, non sia mirata, puer se congiuntamente ad espressioni ingiuriose, a cagionare impedimento all'attività istituzionale del pubblico ufficiale onde paralizzarne l'esito; ove diretta invece a tal fine, essa assume la figura concorrente del delitto di resistenza a pubblico ufficiale. * Cass. pen., sez, I, 7 aprile 1988, n. 4195 (ud. 20 novembre 1987), Caterino.

122. In caso di oltraggio aggravato ai sensi delnon viene presa in considerazione come elemento che può coartare la libera volizione del pubblico ufficiale, ma solo come elemento che tende a lederne oggettivamente il prestigio. A tali fini, pertanto, non debe essere preso in considerazione l'elemento della capacità intimidatoria della minaccia stessa. * Cass. pen., sez. VI, 6 ottobre 1984, n. 8299 (ud. 27 giugno 1984), Vavalle.

I) Rapporto con altri reati

123. Nell'ipotesi in cui l'agente non solo oltraggi il pubblico ufficiale ma gli cagioni anche lesioni è aggravato dal nesso teleologico, quando si accerta che la

lesione stessa è stata voluta dal reo in aggiunta alla violenza necessaria e sufficiente ad integrare l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 341 c.p. * Cas. pen., sez, V. 6 giugno 1984, n. 5269 (ud. 6 marzo 1984), Cordiozzi.

124. Gli artt. 186 e 189 cod. pen. Mil. Pace che reprimono il delitto di insubordinazione sia con violenza sia con ingiuria, sono in rapporto di specialità rispetto alla normativa comune di cui agli artt. 337 e 341 cod. pen. Concernenti la resistenza e l'oltraggio a pubblico ufficiale, sia per la qualifica di militari dei soggetti dei reati, sia per la specificità del bene tutelato, la disciplina militare nel primo caso, il prestigio della pubblica amministrazione in senso lato nel secondo. * Cass. pen., sez. I, 13 dicembre 1986 (c.c. 2 ottobre 1986, n. 3148), Le Rose. (*Cod. pen., art. 337; cod.pen., art. 341; cod.pen. mil., art. 186; cod. pen. mil., art. 189*).

125. Commette il delitto di resistenza e non quello di oltraggio colui che minaccia il pubblico ufficiale che, dopo aver actturato un latitante, provvede al suo piantonamento in attesa di poterlo condurre in camera di sicurezza. * Cass. pen., sez. I, 30 lugglio 1981, n. 7660 (ud. 11 febbraio 1981), Ursolino.

IX

OLTRAGGIO A UN CORPO POLITICO, AMMINISTRATIVO O GIUDIZIARIO

126. Il corpo (o l'autorità costituita in collegio) ipotizzato come soggetto passivo del reato di cui all'art. 342 c.p. va inteso come entità unitaria, distinta dalle persone che lo compongono, nell'integrità della composizione nella quale normalmente funziona, senza possibilità di frazionamento in gruppi, e non è perciò identificabile con la maggioranza politica o numerica che determina l'orientamento della sua deliberazione. Né una frazione del corpo (o collegio) pure se costituente la maggioranza dei suoi componenti, può essere considerato una sua rappresentanza; onde non sussiste detto reato, ma quello di cui all'art. 341 c.p., per l'offesa recata da uno dei componenti della minoranza a quelli della maggioranza. * Cass. pen., sez. III, 19 novembre 1960, Succi.

127. In tema di oltraggio ad un corpo amministrativo, politico o giudiziario il dolo consiste nella volontà di pronunciare la frase offensiva con la consapevolezza a ledere l'onore e il prestigio del corpo, a nulla rilevando un eventuale stato di risentimento o di reazioni emotive del soggetto, cagionato da presunte nigiustizie subite. * Cass. pen., sez. VI, 12 maggio 1986, n. 3606 (ud. 2 aprile 1986), Conde.

X

OLTRAGGIO A UN MAGISTRATO IN UDIENZA

128. Nel reato di oltraggio a magistrato in udienza, di cui all'art. 343 c.p., persona offesa dal reato stesso è solo lo Stato, mentre il magistrato interessato

riveste la sola qualifica di danneggiato dal reato. Pertanto, non può trovare applicazione la disciplina dell'art. 41 bis [ora 11] c.p.p., che prevede una deroga alle regole egnarali sulla competenza per territorio non suscettibile di applicazione estensiva, poiché tale norma innovatrice ha tassativamente precisato che debe trattarsi di procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di indiziato, di imputato o di persona offesa dal reato. * Cass. pen., sez. I, 28 novembre 1986 (c.c. 27 ottobre 1986, n. 3495), Lenza.

129. È udienza qualsiasi seduta, nella normale aula di udienza o altrove e in qualunque fase processuale essa si svolge destinata allo svolgimento dell'attività giudiziaria del magistrato, che implichi, per previsione legislativa, l'intervento o la presenza degli altri soggetti del rapporto e dei loro difensori, anche se tale presenza in concreto non si verifichi. È pertanto configurabile il reato previsto dall'atr. 343 c.p. anche se l'oltraggio al magistarto non avvenga durante un udienza dibattimentale. * Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 1977 (ud. 29 settembre 1976), Berloco.

130. Ai sensi dell'art. 343 c.p. il magistrato debe ritenersi «in udienza» tutte le volte che si trovi ad amministrare giustizia con l'intervento delle parti. Deve ritenersi «udienza» qualsiasi seduta nella quale si svolge l'attività giudiziaria del magistrato, per cui è del tutto irrilevante che l' oltraggio sia stato commesso durante il breve e necessario intervallo che corre tra il termine di un processo e l'inizio di un altro. * Cass. pen., sez. VI, 1 aprile 1980, n. 4482 (ud. 19 dicember 1979). Ranchicchio.

131. In tema di delitto di oltraggio a magistrato in udienza, di cui all'art. 343 c.p., per stabilier se le espressioni usate siano idonee ad essere comunemente intese come lesive del prestigio del giudice è necessario che gli atti o le parole del soggetto attivo siano interpretate secondo il loro significato obiettivo, alla stregua dei canoni di valutazione accolti nella coscienza collettiva, e in relazione alle particolari circostanze concrete in cui tali comportamenti sono stati posti in essere. * Cass. pen., sez. VI, 17 giugno 1985, n. 5970 (ud. 7 marzo 1985), Pedullà.

XI

MILLANTATO CREDITO

132. Gli estremi della condotta del reato di millantato credito, prevista dall'art. 346, primo comma, c.p., devono intendersi realizzati nel solo fatto di chi, vantando in modo esplicito o dando ad intendere di avere possibilità di influire sul pubblico funzionario, si faccia dare o promettere un compenso per la propria mediazione presso il medesimo funzionario; e ciòa prescindere dalle particolari modalità dela condotta, ni forza delle quali egli riesca ad ottenere tale compenso, sia prospettando eventuali ostacoli od incertezze (che tuttavia non siano tali da far recedere il cosiddetto «compratore di fumo») sia promettendo il sicuro esito del suo intervento. * Cass. pen., sez. VI, 20 settembre 1990, n. 12628 (ud. 20 giugno 1990), Manuguerra. (*C.p., art. 346*).

A) Comma primo

133. Per la configurabilità del delitto di millantato credito non è necessario che si attribuisca falsamente al pubblico ufficiale un fatto di corruzione, essendo sufficiente far credere, al fine di carpire denaro alla vittima indotta in errore, che il pubblico ufficiale tenga una condotta scorretta e sia arrendevole a illecite inframmettenze. * Cass. pen., sez. II, 25 settembre 1985, n. 8138 (ud. 31 maggio 1985), Fleres.

134. Il delitto di cui all'art. 346 cod. pen. è configurabile anche quando il credito vantato presso il pubblico ufficiale o impiegato sia effettivamente sussistente, ma venga artificiosamente magnificato e amplificato dall'agente in modo da far credere al soggetto passivo di essere in grado di influire sulle determinazioni di un pubblico fnuzionario e correlativamente di poterlo favorire nel conseguimento di preferenze e di vantaggi illeciti in cambio di un prezzo per la propria mediazione. * Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1989, n. 11317 (ud. 18 maggio 1989), Canz. (*Cod.pen., art. 346*).

135. Atteso l'interesse protetto dalla norma che punisce il millantato credito, è del tutto irrilevante l'entità della prestazione richiesta al privato per comprare il favore del pubblico ufficiale, poichè l'elemento qualificante del predetto reato è la falsa rappersentazione di chi esercita la pubblica funzione come un soggetto corrotto o corruttibile per una qualsivoglia utilità, anche di modesta entità, con la conseguente necessaria menomazione del prestigio della pubblica amministrazione e cioè del bene tutelato dala norma. * Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 1983, n. 3448 (ud. 11 febbraio 1983), Ciavarella.

B) Comma secondo

136. L'ipotesi aggravata di millantato credito previsto dal secondo comma dell'art. 346 c.p. è del tutto autonoma da quella contemplata nel primo comma e, conseguentemente, si prescrive nel termine previsto dall'art. 157 n. 3 stesso codice. (Nella specie erano state concesse attenuanti ritenule equivalenti alle circostanze attenuanti ritenute equivalenti alle circostanze aggravanti contestate). * Cass. pen., sez. VI, 13 ottobre 1992, n. 9740 (ud. 5 giugno 1992), Correnti. (*C.p., art. 157; c.p., art. 346*).

137. In tema millantato credito, il secondo comma dell'art. 346, c.p., nel prevedere la ricezione o la promessa di denaro o altra utilità col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o di doverlo remunerare, non disciplina nua circostanza aggravante, ma un 'ipotesi autonoma di reato. Infatti nel primo comma dell'art. 346 cit. il raggiro nei confronti del privato consiste nel presentare il destinatario delle pressioni soltanto come arrendevole, mentre nel secondo il pubblico amministratore o impiegato vengono raffigurati come persone corrotte o corruttibili. * Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 1990, n. 13096 (ud. 23 maggio 1990), Pascale, (*C.p., art. 3469.*

138. Non è configurabile il reato di millanato credito quando la richiesta di danaro rivolta alla persona offesa sia motivata non dalla necessità di comprare il favore del pubblico funzionario, ma solo dall'opportunità di effettuare donativi di trascurabile valore venale in occasione di particolari festività, escludendosi in tal modo implicitamente di dover remunerare il pubblico ufficiale attraverso la dazione di un compenso per illeciti favori ottenuti o da ottenere. * Cass. pen., sez. VI, 3 marzo 1982, n. 2185 (ud. 24 novembre 1981), Rossi.

C) Soggetto passivo e danneggiato

139. Nella figura criminosa del millantato credito la obiettività giuridica è costituita dall'offesa ad un preminente interesse pubblico, in particolare al prestigio dello Stato, sicché titolare dell'interesse speciale protetto dalla norma, e quindi soggetto passivo del reato, è la pubblica amministrazione, mentre il pubblico ufficiale, del quale si faccia credere la corruttibilità, debe qualificarsi danneggiato dal reato, essendo tale per il nocumento cagionato alla sua persona, alla sua onorabilità ed al suo prestigio. * Cass. pen., sez. VI, 5 settembre 1986 (c.c. 13 agosto 1986, n. 1450), Rampino. (*Cod.pen., art. 346*).

D) Rapporto con la truffa

140. Il delitto di millantato credito, a differenza della truffa, è caratterizzato da un raggio del tutto particolare, consistente nelle vanterie, esplicite o anche implicite, di ingerenze o pressioni da parte del millantore presso il pubblico ufficiale o l'nicaricato di pubblico servizio, senza che, peraltro, occorra che l'agente spenda il nome o indichi la specifica funzionedi quest'ultimo, bastando che la parte offesa comprenda che il presunto referente del millantore sia persona investita di dette funzioni. * Cass. pen., sez. VI, 30 agosto 1993, n. 8264 (ud. 17 giugno 1993), Tamborrino. (*C.p., art. 346; c.p., art. 640*).

141. L'oggettività giuridica del delitto di millantato credito si identifica con la lesione del prestigio e del decoro della pubblica amministrazione, e il danno patrimoniale subito dal privato non acquista rilievo rispetto alla norma incriminatrice, pertanto, l'attenuante del risarcimiento del danno prevista dall'art. 62, n. 6, cod. pen. non è applicabile al delitto di millantato credito. * Cass. pen., sez. VI, 27 ottobre 1970, n. 1264, Mellone, (*Cod.pen., art. 346*).

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

PREÁMBULO

LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS,

CONVENCIDOS de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

CONSIDERANDO que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

PERSUADIDOS de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

RECONOCIENDO que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

CONVENCIDOS de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

RECONOCIENDO que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

CONVENCIDOS de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

PROFUNDAMENTE PREOCUPADOS por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

TENIENDO PRESENTE que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva; y

DECIDIDOS a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio,

HAN CONVENIDO

en suscribir la siguiente

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I
Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

«Función pública», toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

«Funcionario público», «Oficial Gubernamental» o «Servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

«Bienes», 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.

Artículo II
Propósitos

Los propósitos de la presente Convención son:

1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Artículo III
Medidas preventivas

A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.

7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.

8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.

10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.

11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Artículo IV
Ámbito

La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Artículo V
Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Artículo VI
Actos de corrupción

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Artículo VII
Legislación interna

Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo VI.1. y para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Artículo VIII
Soborno transnacional

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros

beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo IX
Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo X
Notificación

Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos treinta días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Artículo XI
Desarrollo progresivo

1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados

Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada.

b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria, procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado.

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, estos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo XII
Efectos sobre el patrimonio del Estado

Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo XIII
Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, este presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a este de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Artículo XIV
Asistencia y cooperación

1. Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

2. Asimismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar,

investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Artículo XV
Medidas sobre bienes

1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

2. El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Artículo XVI
Secreto bancario

1. El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

2. El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por el secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

Artículo XVII
Naturaleza del acto

A los fines previstos en los artículos XIII, XIV, XV y XVI de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Artículo XVIII
Autoridades centrales

1. Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.

2. Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.

3. Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención.

Artículo XIX
Aplicación en el tiempo

Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo XX
Otros acuerdos o prácticas

Ninguna de las normas de la presente Convención será interpretada en el sentido de impedir que los Estados Partes se presten recíprocamente cooperación al amparo de lo previsto en otros acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes o que se celebren en el futuro entre ellos, o de cualquier otro acuerdo o práctica aplicable.

Artículo XXI
Firma

La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXII
Ratificación

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIII
Adhesión

La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIV
Reservas

Los Estados Partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XXV
Entrada en vigor

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXVI
Denuncia

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualesquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXVII
Protocolos adicionales

Cualquier Estado Parte podrá someter a la consideración de los otros Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su Artículo II.

Cada protocolo adicional fijará las modalidades de su entrada en vigor y se aplicará solo entre los Estados Partes en dicho protocolo.

Artículo XXVIII
Depósito del instrumento original

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro de publicación a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

PREÁMBULO

Los Estados Parte en la presente Convención,

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

Preocupados también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,

Preocupados asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

Convencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,

Convencidos también de que se requiere un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y combatir eficazmente la corrupción,

Convencidos asimismo de que la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de poder prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones,

Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley,

Decididos a prevenir, detectar y disuadir con mayor eficacia las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de activos,

Reconociendo los principios fundamentales del debido proceso en los procesos penales y en los procedimientos civiles o administrativos sobre derechos de propiedad,

Teniendo presente que la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que 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 sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces,

Teniendo presentes también los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley, así como la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de rechazo de la corrupción,

Encomiando la labor de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en la prevención y la lucha contra la corrupción,

Recordando la labor realizada por otras organizaciones internacionales y regionales en esta esfera, incluidas las actividades del Consejo de Cooperación Aduanera (también denominado Organización Mundial de Aduanas), el Consejo de Europa, la Liga de los Estados Árabes, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, la Organización de los Estados Americanos, la Unión Africana y la Unión Europea,

Tomando nota con reconocimiento de los instrumentos multilaterales encaminados a prevenir y combatir la corrupción, incluidos, entre otros la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996, 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, aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 26 de mayo de 1997, el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos el 21 de noviembre de 1997, el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999, el Convenio de derecho civil sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1999 y la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana el 12 de julio de 2003,

Acogiendo con satisfacción la entrada en vigor, el 29 de septiembre de 2003, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,

Han convenido en lo siguiente:

CAPÍTULO I
Disposiciones generales

Artículo 1
Finalidad

La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;

c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

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; 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;

d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por «embargo preventivo» o «incautación» se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o trasladar bienes, o de asumir la custodia o el control temporales de bienes sobre la base de una orden de un tribunal u otra autoridad competente;

g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente;

h) Por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 23 de la presente Convención;

i) Por «entrega vigilada» se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Artículo 3
Ámbito de aplicación

1. La presente Convención se aplicará, de conformidad con sus disposiciones, a la prevención, la investigación y el enjuiciamiento de la corrupción y al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo 4
Protección de la soberanía

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

CAPÍTULO II
Medidas preventivas

Artículo 5
Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.

3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Los Estados Parte, según proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, colaborarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas mencionadas en el presente artículo. Esa colaboración podrá comprender la participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

Artículo 6
Órgano u órganos de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, garantizará la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción con medidas tales como:

   a) La aplicación de las políticas a que se hace alusión en el artículo 5 de la presente Convención y, cuando proceda, la supervisión y coordinación de la puesta en práctica de esas políticas;

   b) El aumento y la difusión de los conocimientos en materia de prevención de la corrupción.

2. Cada Estado Parte otorgará al órgano o a los órganos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo la independencia necesaria, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, para que puedan desempeñar sus funciones de manera eficaz y sin ninguna influencia indebida. Deben proporcionárseles los recursos materiales y el personal especializado que sean necesarios, así como la capacitación que dicho personal pueda requerir para el desempeño de sus funciones.

3. Cada Estado Parte comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas el nombre y la dirección de la autoridad o las autoridades que puedan ayudar a otros Estados Parte a formular y aplicar medidas concretas de prevención de la corrupción.

Artículo 7
Sector público

1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Estos:

   a) Estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud;

   b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos;

   c) Fomentarán una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado Parte;

   d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto, honorable y debido de sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.

2. Cada Estado Parte considerará también la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, a fin de establecer criterios para la candidatura y elección a cargos públicos.

3. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas, en consonancia con los objetivos

de la presente Convención y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos.

4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

Artículo 8
Códigos de conducta para funcionarios públicos

1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.

4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias

o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo.

Artículo 9
Contratación pública y gestión de la hacienda pública

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

   a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

   b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

   c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

   d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

   e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

   a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

   b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

   c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;

d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y

e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos.

Artículo 10
Información pública

Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su Administración Pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

a) La instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su Administración Pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

b) La simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

c) La publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su Administración Pública.

Artículo 11
Medidas relativas al Poder Judicial y al Ministerio Público

1. Teniendo presentes la independencia del Poder Judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del Poder Judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del Poder Judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del Poder Judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el Ministerio Público medidas con idéntico fin a las adoptadas conforme al párrafo 1 del presente artículo en los Estados Parte en que esa institución no forme parte del Poder Judicial pero goce de independencia análoga.

Artículo 12
Sector privado

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en:

   a) Promover la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las entidades privadas pertinentes;

   b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;

   c) Promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de empresas;

   d) Prevenir la utilización indebida de los procedimientos que regulan a las entidades privadas, incluidos los procedimientos relativos a la concesión de subsidios y licencias por las autoridades públicas para actividades comerciales;

   e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un periodo razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo;

   f) Velar por que las empresas privadas, teniendo en cuenta su estructura y tamaño, dispongan de suficientes controles contables internos para ayudar a prevenir y detectar los actos de corrupción y por que las cuentas y

los estados financieros requeridos de esas empresas privadas estén sujetos a procedimientos apropiados de auditoría y certificación.

3. A fin de prevenir la corrupción, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus leyes y reglamentos internos relativos al mantenimiento de libros y registros, la divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría, para prohibir los siguientes actos realizados con el fin de cometer cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención:

   a) El establecimiento de cuentas no registradas en libros;

   b) La realización de operaciones no registradas en libros o mal consignadas;

   c) El registro de gastos inexistentes;

   d) El asiento de gastos en los libros de contabilidad con indicación incorrecta de su objeto;

   e) La utilización de documentos falsos; y

   f) La destrucción deliberada de documentos de contabilidad antes del plazo previsto en la ley.

4. Cada Estado Parte denegará la deducción tributaria respecto de gastos que constituyan soborno, que es uno de los elementos constitutivos de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15 y 16 de la presente Convención y, cuando proceda, respecto de otros gastos que hayan tenido por objeto promover un comportamiento corrupto.

Artículo 13
Participación de la sociedad

1. Cada Estado Parte adoptará medidas adecuadas, dentro de los medios de que disponga y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, para fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y la lucha contra la corrupción, y para sensibilizar a la opinión pública con respecto a la existencia, las causas y la gravedad de la corrupción, así como a la amenaza que esta representa. Esa participación debería reforzarse con medidas como las siguientes:

   a) Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones;

   b) Garantizar el acceso eficaz del público a la información;

   c) Realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios;

d) Respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción. Esa libertad podrá estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

i) Garantizar el respeto de los derechos o la reputación de terceros;

ii) Salvaguardar la seguridad nacional, el orden público, o la salud o la moral públicas.

2. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para garantizar que el público tenga conocimiento de los órganos pertinentes de lucha contra la corrupción mencionados en la presente Convención y facilitará el acceso a dichos órganos, cuando proceda, para la denuncia, incluso anónima, de cualesquiera incidentes que puedan considerarse constitutivos de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 14
Medidas para prevenir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias, incluidas las personas naturales o jurídicas que presten servicios oficiales u oficiosos de transferencia de dinero o valores y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero, a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en dicho régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final, al establecimiento de registros y a la denuncia de las transacciones sospechosas;

b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación del artículo 46 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información en los ámbitos nacional e internacional, de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida

utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas apropiadas y viables para exigir a las instituciones financieras, incluidas las que remiten dinero, que:

   a) Incluyan en los formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos información exacta y válida sobre el remitente;

   b) Mantengan esa información durante todo el ciclo de pagos; y

   c) Examinen de manera más minuciosa las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

4. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero.

5. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y promover la cooperación a escala mundial, regional, Sub-Regional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero.

CAPÍTULO III
Penalización y aplicación de la ley

Artículo 15
Soborno de funcionarios públicos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Artículo 16
Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas

1. 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, 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 para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales.

2. 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.

Artículo 17
Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

Artículo 18
Tráfico de influencias

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona;

b) La solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su provecho o el de otra persona con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado Parte un beneficio indebido.

Artículo 19
Abuso de funciones

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el abuso de funciones o del cargo, es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

Artículo 20
Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Artículo 21
Soborno en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales:

a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar;

b) La solicitud o aceptación, en forma directa o indirecta, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, con el fin de que, faltando al deber inherente a sus funciones, actúe o se abstenga de actuar.

Artículo 22
Malversación o peculado de bienes en el sector privado

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo.

Artículo 23
Blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

   a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

   ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

   b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

   i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

   ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

2. Para los fines de la aplicación o puesta en práctica del párrafo 1 del presente artículo:

   a) Cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

   b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes, como mínimo, una amplia gama de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

c) A los efectos del apartado b) *supra*, entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de esta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplican a las personas que hayan cometido el delito determinante.

Artículo 24
Encubrimiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23 de la presente Convención, 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 tras la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención pero sin haber participado en ellos, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 25
Obstrucción de la justicia

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación, o la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido para inducir a una persona a prestar falso testimonio o a obstaculizar la prestación de testimonio o la aportación de pruebas en procesos en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

b) El uso de fuerza física, amenazas o intimidación para obstaculizar el cumplimiento de las funciones oficiales de un funcionario de la justicia o de los servicios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención. Nada de lo previsto

en el presente artículo menoscabará el derecho de los Estados Parte a disponer de legislación que proteja a otras categorías de funcionarios públicos.

Artículo 26
Responsabilidad de las personas jurídicas

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Artículo 27
Participación y tentativa

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 28
Conocimiento, intención y propósito como elementos de un delito

El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

Artículo 29
Prescripción

Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia.

Artículo 30
Proceso, fallo y sanciones

1. Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer o mantener, de conformidad con su ordenamiento jurídico y sus principios constitucionales, un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenirlos.

4. Cuando se trate de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su derecho interno y tomando debidamente en consideración los derechos de la defensa, con miras a procurar que, al imponer condiciones en relación con la decisión de conceder la libertad en espera de juicio o la apelación, se tenga presente la necesidad de garantizar la comparecencia del acusado en todo procedimiento penal ulterior.

5. Cada Estado Parte tendrá en cuenta la gravedad de los delitos pertinentes al considerar la eventualidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional a personas que hayan sido declaradas culpables de esos delitos.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procedimientos en virtud de los cuales un funcionario público que sea acusado de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención pueda, cuando proceda, ser destituido, suspendido o reasignado por la

autoridad correspondiente, teniendo presente el respeto al principio de presunción de inocencia.

7. Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para:

   a) Ejercer cargos públicos; y

   b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

8. El párrafo 1 del presente artículo no menoscabará el ejercicio de facultades disciplinarias por los organismos competentes contra empleados públicos.

9. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella y de los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que regulan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho.

10. Los Estados Parte procurarán promover la reinserción social de las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 31
Embargo preventivo, incautación y decomiso

1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso:

   a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto;

   b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso.

3. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para regular la

administración, por parte de las autoridades competentes, de los bienes embargados, incautados o decomisados comprendidos en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, estos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación.

6. Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito.

7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario.

8. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

10. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas en él previstas se definirán y aplicarán de conformidad con el derecho interno de los Estados Parte y con sujeción a este.

Artículo 32
Protección de testigos, peritos y víctimas

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno y dentro de sus posibilidades, para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos y peritos que presten testimonio sobre delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familiares y demás personas cercanas.

2. Las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo podrán consistir, entre otras, sin perjuicio de los derechos del acusado e incluido el derecho a las garantías procesales, en:

   a) Establecer procedimientos para la protección física de esas personas, incluida, en la medida de lo necesario y posible, su reubicación, y permitir, cuando proceda, la prohibición total o parcial de revelar información sobre su identidad y paradero;

   b) Establecer normas probatorias que permitan que los testigos y peritos presten testimonio sin poner en peligro la seguridad de esas personas, por ejemplo aceptando el testimonio mediante tecnologías de comunicación como la videoconferencia u otros medios adecuados.

3. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos con otros Estados para la reubicación de las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Las disposiciones del presente artículo se aplicarán también a las víctimas en la medida en que sean testigos.

5. Cada Estado Parte permitirá, con sujeción a su derecho interno, que se presenten y consideren las opiniones y preocupaciones de las víctimas en etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

Artículo 33
Protección de los denunciantes

Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 34
Consecuencias de los actos de corrupción

Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva.

Artículo 35
Indemnización por daños y perjuicios

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

Artículo 36
Autoridades especializadas

Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, se cerciorará de que dispone de uno o más órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley. Ese órgano u órganos o esas personas gozarán de la independencia necesaria, conforme a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado Parte, para que puedan desempeñar sus funciones con eficacia y sin presiones indebidas. Deberá proporcionarse a esas personas o al personal de ese órgano u órganos formación adecuada y recursos suficientes para el desempeño de sus funciones.

Artículo 37
Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley

1. Cada Estado Parte adoptará medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

4. La protección de esas personas será, *mutatis mutandis*, la prevista en el artículo 32 de la presente Convención.

5. Cuando las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo se encuentren en un Estado Parte y puedan prestar cooperación sustancial a las autoridades competentes de otro Estado Parte, los Estados Parte interesados

podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos, de conformidad con su derecho interno, con respecto a la eventual concesión, por el otro Estado Parte, del trato previsto en los párrafos 2 y 3 del presente artículo.

Artículo 38
Cooperación entre organismos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre, por un lado, sus organismos públicos, así como sus funcionarios públicos, y, por otro, sus organismos encargados de investigar y enjuiciar los delitos. Esa cooperación podrá incluir:

a) Informar a esos últimos organismos, por iniciativa del Estado Parte, cuando haya motivos razonables para sospechar que se ha cometido alguno de los delitos tipificados con arreglo a los artículos 15, 21 y 23 de la presente Convención; o

b) Proporcionar a esos organismos toda la información necesaria, previa solicitud.

Artículo 39
Cooperación entre los organismos nacionales y el sector privado

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para alentar la cooperación entre los organismos nacionales de investigación y el Ministerio Público, por un lado, y las entidades del sector privado, en particular las instituciones financieras, por otro, en cuestiones relativas a la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de alentar a sus nacionales y demás personas que tengan residencia habitual en su territorio a denunciar ante los organismos nacionales de investigación y el Ministerio Público la comisión de todo delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 40
Secreto bancario

Cada Estado Parte velará por que, en el caso de investigaciones penales nacionales de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, existan en su ordenamiento jurídico interno mecanismos apropiados para salvar todo obstáculo que pueda surgir como consecuencia de la aplicación de la legislación relativa al secreto bancario.

Artículo 41
Antecedentes penales

Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que

estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad de un presunto delincuente en otro Estado a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

Artículo 42
Jurisdicción

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando:

   a) El delito se cometa en su territorio; o

   b) El delito se cometa a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada conforme a sus leyes en el momento de la comisión.

2. Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 4 de la presente Convención, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:

   a) El delito se cometa contra uno de sus nacionales;

   b) El delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona apátrida que tenga residencia habitual en su territorio; o

   c) El delito sea uno de los delitos tipificados con arreglo al inciso ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión, dentro de su territorio, de un delito tipificado con arreglo a los incisos i) o ii) del apartado a) o al inciso i) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 23 de la presente Convención; o

   d) El delito se cometa contra el Estado Parte.

3. A los efectos del artículo 44 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite por el solo hecho de ser uno de sus nacionales.

4. Cada Estado Parte podrá también adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y el Estado Parte no lo extradite.

5. Si un Estado Parte que ejerce su jurisdicción con arreglo a los párrafos 1 o 2 del presente artículo ha recibido notificación, o tomado conocimiento por otro conducto, de que otros Estados Parte están realizando una investigación, un proceso o una actuación judicial respecto de los mismos hechos, las

autoridades competentes de esos Estados Parte se consultarán, según proceda, a fin de coordinar sus medidas.

6. Sin perjuicio de las normas del derecho internacional general, la presente Convención no excluirá el ejercicio de las competencias penales establecidas por los Estados Parte de conformidad con su derecho interno.

CAPÍTULO IV
Cooperación internacional

Artículo 43
Cooperación internacional

1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, este se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado Parte requirente.

Artículo 44
Extradición

1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención en el caso de que la persona que es objeto de la solicitud de extradición se encuentre en el territorio del Estado Parte requerido, siempre y cuando el delito por el que se pide la extradición sea punible con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente y del Estado Parte requerido.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, los Estados Parte cuya legislación lo permita podrán conceder la extradición de una persona por cualesquiera de los delitos comprendidos en la presente Convención que no sean punibles con arreglo a su propio derecho interno.

3. Cuando la solicitud de extradición incluya varios delitos, de los cuales al menos uno dé lugar a extradición conforme a lo dispuesto en el presente artículo y algunos no den lugar a extradición debido al periodo de privación de libertad que conllevan pero guarden relación con los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido podrá aplicar el presente artículo también respecto de esos delitos.

4. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Parte. Estos se comprometen a incluir tales delitos como causa de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí. Los Estados Parte cuya legislación lo permita, en el caso de que la presente Convención sirva de base para la extradición, no considerarán de carácter político ninguno de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

5. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

6. Todo Estado Parte que supedite la extradición a la existencia de un tratado deberá:

   a) En el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, informar al Secretario General de las Naciones Unidas de si considerará o no la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición en sus relaciones con otros Estados Parte en la presente Convención; y

   b) Si no considera la presente Convención como la base jurídica de la cooperación en materia de extradición, procurar, cuando proceda, celebrar tratados de extradición con otros Estados Parte en la presente Convención a fin de aplicar el presente artículo.

7. Los Estados Parte que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como causa de extradición entre ellos.

8. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado Parte requerido o en los tratados de extradición aplicables, incluidas, entre otras cosas, las relativas al requisito de una pena mínima para la extradición y a los motivos por los que el Estado Parte requerido puede denegar la extradición.

9. Los Estados Parte, de conformidad con su derecho interno, procurarán agilizar los procedimientos de extradición y simplificar los requisitos probatorios correspondientes con respecto a cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

10. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tienen carácter urgente, y a solicitud del Estado

Parte requirente, proceder a la detención de la persona presente en su territorio cuya extradición se pide o adoptar otras medidas adecuadas para garantizar la comparecencia de esa persona en los procedimientos de extradición.

11. El Estado Parte en cuyo territorio se encuentre un presunto delincuente, si no lo extradita respecto de un delito al que se aplica el presente artículo por el solo hecho de ser uno de sus nacionales, estará obligado, previa solicitud del Estado Parte que pide la extradición, a someter el caso sin demora injustificada a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades adoptarán su decisión y llevarán a cabo sus actuaciones judiciales de la misma manera en que lo harían respecto de cualquier otro delito de carácter grave con arreglo al derecho interno de ese Estado Parte. Los Estados Parte interesados cooperarán entre sí, en particular en lo que respecta a los aspectos procesales y probatorios, con miras a garantizar la eficiencia de dichas actuaciones.

12. Cuando el derecho interno de un Estado Parte solo le permita extraditar o entregar de algún otro modo a uno de sus nacionales a condición de que esa persona sea devuelta a ese Estado Parte para cumplir la condena impuesta como resultado del juicio o proceso por el que se solicitó la extradición o la entrega y ese Estado Parte y el Estado Parte que solicita la extradición acepten esa opción, así como toda otra condición que estimen apropiada, tal extradición o entrega condicional será suficiente para que quede cumplida la obligación enunciada en el párrafo 11 del presente artículo.

13. Si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena es denegada por el hecho de que la persona buscada es nacional del Estado Parte requerido, este, si su derecho interno lo permite y de conformidad con los requisitos de dicho derecho, considerará, previa solicitud del Estado Parte requirente, la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta o el resto pendiente de dicha condena con arreglo al derecho interno del Estado Parte requirente.

14. En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

15. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá interpretarse como la imposición de una obligación de extraditar si el Estado Parte requerido tiene motivos justificados para presumir que la solicitud se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona en razón de su sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opiniones políticas o que su cumplimiento ocasionaría perjuicios a la posición de esa persona por cualquiera de estas razones.

16. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de extradición únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

17. Antes de denegar la extradición, el Estado Parte requerido, cuando proceda, consultará al Estado Parte requirente para darle amplia oportunidad de presentar sus opiniones y de proporcionar información pertinente a su alegato.

18. Los Estados Parte procurarán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales para llevar a cabo la extradición o aumentar su eficacia.

Artículo 45
Traslado de personas condenadas a cumplir una pena

Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre el traslado a su territorio de toda persona que haya sido condenada a pena de prisión u otra forma de privación de libertad por algún delito tipificado con arreglo a la presente Convención a fin de que cumpla allí su condena.

Artículo 46
Asistencia judicial recíproca

1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Se prestará asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado Parte requerido con respecto a investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable de conformidad con el artículo 26 de la presente Convención en el Estado Parte requirente.

3. La asistencia judicial recíproca que se preste de conformidad con el presente artículo podrá solicitarse para cualquiera de los fines siguientes:

   a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;

   b) Presentar documentos judiciales;

   c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;

   d) Examinar objetos y lugares;

   e) Proporcionar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;

   f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;

   g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;

h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;

i) Prestar cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido;

j) Identificar, embargar con carácter preventivo y localizar el producto del delito, de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención;

k) Recuperar activos de conformidad con las disposiciones del capítulo V de la presente Convención.

4. Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.

5. La transmisión de información con arreglo al párrafo 4 del presente artículo se hará sin perjuicio de las indagaciones y procesos penales que tengan lugar en el Estado de las autoridades competentes que facilitan la información. Las autoridades competentes que reciben la información deberán acceder a toda solicitud de que se respete su carácter confidencial, incluso temporalmente, o de que se impongan restricciones a su utilización. Sin embargo, ello no obstará para que el Estado Parte receptor revele, en sus actuaciones, información que sea exculpatoria de una persona acusada. En tal caso, el Estado Parte receptor notificará al Estado Parte transmisor antes de revelar dicha información y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte transmisor. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte receptor informará sin demora al Estado Parte transmisor de dicha revelación.

6. Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las obligaciones dimanantes de otros tratados bilaterales o multilaterales vigentes o futuros que rijan, total o parcialmente, la asistencia judicial recíproca.

7. Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.

8. Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.

9. a) Al atender a una solicitud de asistencia con arreglo al presente artículo, en ausencia de doble incriminación, el Estado Parte requerido tendrá en cuenta la finalidad de la presente Convención, enunciada en el artículo 1;

   b) Los Estados Parte podrán negarse a prestar asistencia con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. No obstante, el Estado Parte requerido, cuando ello esté en consonancia con los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico, prestará asistencia que no entrañe medidas coercitivas. Esa asistencia se podrá negar cuando la solicitud entrañe asuntos *de minimis* o cuestiones respecto de las cuales la cooperación o asistencia solicitada esté prevista en virtud de otras disposiciones de la presente Convención;

   c) En ausencia de doble incriminación, cada Estado Parte podrá considerar la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan prestar una asistencia más amplia con arreglo al presente artículo.

10. La persona que se encuentre detenida o cumpliendo una condena en el territorio de un Estado Parte y cuya presencia se solicite en otro Estado Parte para fines de identificación, para prestar testimonio o para que ayude de alguna otra forma a obtener pruebas necesarias para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales respecto de delitos comprendidos en la presente Convención podrá ser trasladada si se cumplen las condiciones siguientes:

    a) La persona, debidamente informada, da su libre consentimiento;

    b) Las autoridades competentes de ambos Estados Parte están de acuerdo, con sujeción a las condiciones que estos consideren apropiadas.

11. A los efectos del párrafo 10 del presente artículo:

    a) El Estado Parte al que se traslade a la persona tendrá la competencia y la obligación de mantenerla detenida, salvo que el Estado Parte del que ha sido trasladada solicite o autorice otra cosa;

    b) El Estado Parte al que se traslade a la persona cumplirá sin dilación su obligación de devolverla a la custodia del Estado Parte del que ha sido trasladada, según convengan de antemano o de otro modo las autoridades competentes de ambos Estados Parte;

    c) El Estado Parte al que se traslade a la persona no podrá exigir al Estado Parte del que ha sido trasladada que inicie procedimientos de extradición para su devolución;

    d) El tiempo que la persona haya permanecido detenida en el Estado Parte al que ha sido trasladada se computará como parte de la pena que ha de cumplir en el Estado del que ha sido trasladada.

12. A menos que el Estado Parte desde el cual se ha de trasladar a una persona de conformidad con los párrafos 10 y 11 del presente artículo esté de acuerdo, dicha persona, cualquiera que sea su nacionalidad, no podrá ser enjuiciada, detenida, condenada ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal en el territorio del Estado al que sea trasladada en relación con actos, omisiones o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado del que ha sido trasladada.

13. Cada Estado Parte designará a una autoridad central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlas a las autoridades competentes para su ejecución. Cuando alguna región o algún territorio especial de un Estado Parte disponga de un régimen distinto de asistencia judicial recíproca, el Estado Parte podrá designar a otra autoridad central que desempeñará la misma función para dicha región o dicho territorio. Las autoridades centrales velarán por el rápido y adecuado cumplimiento o transmisión de las solicitudes recibidas. Cuando la autoridad central transmita la solicitud a una autoridad competente para su ejecución, alentará la rápida y adecuada ejecución de la solicitud por parte de dicha autoridad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el nombre de la autoridad central que haya sido designada a tal fin. Las solicitudes de asistencia judicial recíproca y cualquier otra comunicación pertinente serán transmitidas a las autoridades centrales designadas por los Estados Parte. La presente disposición no afectará al derecho de cualquiera de los Estados Parte a exigir que estas solicitudes y comunicaciones le sean enviadas por vía diplomática y, en circunstancias urgentes, cuando los Estados Parte convengan en ello, por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, de ser posible.

14. Las solicitudes se presentarán por escrito o, cuando sea posible, por cualquier medio capaz de registrar un texto escrito, en un idioma aceptable para el Estado Parte requerido, en condiciones que permitan a dicho Estado Parte determinar la autenticidad. Cada Estado Parte notificará al Secretario General de las Naciones Unidas, en el momento de depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella, el idioma o idiomas que le son aceptables. En situaciones de urgencia, y cuando los Estados Parte convengan en ello, las solicitudes podrán hacerse oralmente, debiendo ser confirmadas sin demora por escrito.

15. Toda solicitud de asistencia judicial recíproca contendrá lo siguiente:

    a) La identidad de la autoridad que hace la solicitud;

    b) El objeto y la índole de las investigaciones, los procesos o las actuaciones judiciales a que se refiere la solicitud y el nombre y las funciones de la autoridad encargada de efectuar dichas investigaciones, procesos o actuaciones;

c) Un resumen de los hechos pertinentes, salvo cuando se trate de solicitudes de presentación de documentos judiciales;

d) Una descripción de la asistencia solicitada y pormenores sobre cualquier procedimiento particular que el Estado Parte requirente desee que se aplique;

e) De ser posible, la identidad, ubicación y nacionalidad de toda persona interesada; y

f) La finalidad para la que se solicita la prueba, información o actuación.

16. El Estado Parte requerido podrá pedir información adicional cuando sea necesaria para dar cumplimiento a la solicitud de conformidad con su derecho interno o para facilitar dicho cumplimiento.

17. Se dará cumplimiento a toda solicitud con arreglo al derecho interno del Estado Parte requerido y, en la medida en que ello no lo contravenga y sea factible, de conformidad con los procedimientos especificados en la solicitud.

18. Siempre que sea posible y compatible con los principios fundamentales del derecho interno, cuando una persona se encuentre en el territorio de un Estado Parte y tenga que prestar declaración como testigo o perito ante autoridades judiciales de otro Estado Parte, el primer Estado Parte, a solicitud del otro, podrá permitir que la audiencia se celebre por videoconferencia si no es posible o conveniente que la persona en cuestión comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente. Los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido.

19. El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud. Nada de lo dispuesto en el presente párrafo impedirá que el Estado Parte requirente revele, en sus actuaciones, información o pruebas que sean exculpatorias de una persona acusada. En este último caso, el Estado Parte requirente notificará al Estado Parte requerido antes de revelar la información o las pruebas y, si así se le solicita, consultará al Estado Parte requerido. Si, en un caso excepcional, no es posible notificar con antelación, el Estado Parte requirente informará sin demora al Estado Parte requerido de dicha revelación.

20. El Estado Parte requirente podrá exigir que el Estado Parte requerido mantenga reserva acerca de la existencia y el contenido de la solicitud, salvo en la medida necesaria para darle cumplimiento. Si el Estado Parte requerido no puede mantener esa reserva, lo hará saber de inmediato al Estado Parte requirente.

21. La asistencia judicial recíproca podrá ser denegada:

    a) Cuando la solicitud no se haga de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo;

    b) Cuando el Estado Parte requerido considere que el cumplimiento de lo solicitado podría menoscabar su soberanía, su seguridad, su orden público u otros intereses fundamentales;

    c) Cuando el derecho interno del Estado Parte requerido prohíba a sus autoridades actuar en la forma solicitada con respecto a un delito análogo, si este hubiera sido objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en el ejercicio de su propia competencia;

    d) Cuando acceder a la solicitud sea contrario al ordenamiento jurídico del Estado Parte requerido en lo relativo a la asistencia judicial recíproca.

22. Los Estados Parte no podrán denegar una solicitud de asistencia judicial recíproca únicamente porque se considere que el delito también entraña cuestiones tributarias.

23. Toda denegación de asistencia judicial recíproca deberá fundamentarse debidamente.

24. El Estado Parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades, los plazos que sugiera el Estado Parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud. El Estado Parte requirente podrá pedir información razonable sobre el estado y la evolución de las gestiones realizadas por el Estado Parte requerido para satisfacer dicha petición. El Estado Parte requerido responderá a las solicitudes razonables que formule el Estado Parte requirente respecto del estado y la evolución del trámite de la solicitud. El Estado Parte requirente informará con prontitud al Estado Parte requerido cuando ya no necesite la asistencia solicitada.

25. La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso.

26. Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas.

27. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo 12 del presente artículo, el testigo, perito u otra persona que, a instancias del Estado Parte requirente, consienta

en prestar testimonio en un juicio o en colaborar en una investigación, proceso o actuación judicial en el territorio del Estado Parte requirente no podrá ser enjuiciado, detenido, condenado ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad personal en ese territorio por actos, omisiones o declaraciones de culpabilidad anteriores a la fecha en que abandonó el territorio del Estado Parte requerido. Ese salvoconducto cesará cuando el testigo, perito u otra persona haya tenido, durante quince días consecutivos o durante el periodo acordado por los Estados Parte después de la fecha en que se le haya informado oficialmente de que las autoridades judiciales ya no requerían su presencia, la oportunidad de salir del país y no obstante permanezca voluntariamente en ese territorio o regrese libremente a él después de haberlo abandonado.

28. Los gastos ordinarios que ocasione el cumplimiento de una solicitud serán sufragados por el Estado Parte requerido, a menos que los Estados Parte interesados hayan acordado otra cosa. Cuando se requieran a este fin gastos cuantiosos o de carácter extraordinario, los Estados Parte se consultarán para determinar las condiciones en que se dará cumplimiento a la solicitud, así como la manera en que se sufragarán los gastos.

29. El Estado Parte requerido:

    a) Facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;

    b) Podrá, a su arbitrio y con sujeción a las condiciones que juzgue apropiadas, proporcionar al Estado Parte requirente una copia total o parcial de los documentos oficiales o de otros documentos o datos que obren en su poder y que, conforme a su derecho interno, no estén al alcance del público en general.

30. Cuando sea necesario, los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales que contribuyan a lograr los fines del presente artículo y que lleven a la práctica o refuercen sus disposiciones.

Artículo 47
Remisión de actuaciones penales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de remitirse a actuaciones penales para el enjuiciamiento por un delito tipificado con arreglo a la presente Convención cuando se estime que esa remisión redundará en beneficio de la debida administración de justicia, en particular en casos en que intervengan varias jurisdicciones, con miras a concentrar las actuaciones del proceso.

Artículo 48
Cooperación en materia de cumplimiento de la ley

1. Los Estados Parte colaborarán estrechamente, en consonancia con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos, con miras a aumentar la eficacia de las medidas de cumplimiento de la ley orientadas a combatir los delitos comprendidos en la presente Convención. En particular, los Estados Parte adoptarán medidas eficaces para:

   a) Mejorar los canales de comunicación entre sus autoridades, organismos y servicios competentes y, de ser necesario, establecerlos, a fin de facilitar el intercambio seguro y rápido de información sobre todos los aspectos de los delitos comprendidos en la presente Convención, así como, si los Estados Parte interesados lo estiman oportuno, sobre sus vinculaciones con otras actividades delictivas;

   b) Cooperar con otros Estados Parte en la realización de indagaciones con respecto a delitos comprendidos en la presente Convención acerca de:

      i) La identidad, el paradero y las actividades de personas presuntamente implicadas en tales delitos o la ubicación de otras personas interesadas;

      ii) El movimiento del producto del delito o de bienes derivados de la comisión de esos delitos;

      iii) El movimiento de bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de esos delitos;

   c) Proporcionar, cuando proceda, los elementos o las cantidades de sustancias que se requieran para fines de análisis o investigación;

   d) Intercambiar, cuando proceda, información con otros Estados Parte sobre los medios y métodos concretos empleados para la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención, entre ellos el uso de identidad falsa, documentos falsificados, alterados o falsos u otros medios de encubrir actividades vinculadas a esos delitos;

   e) Facilitar una coordinación eficaz entre sus organismos, autoridades y servicios competentes y promover el intercambio de personal y otros expertos, incluida la designación de oficiales de enlace con sujeción a acuerdos o arreglos bilaterales entre los Estados Parte interesados;

   f) Intercambiar información y coordinar las medidas administrativas y de otra índole adoptadas para la pronta detección de los delitos comprendidos en la presente Convención.

2. Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales

en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

3. Los Estados Parte se esforzarán por colaborar en la medida de sus posibilidades para hacer frente a los delitos comprendidos en la presente Convención que se cometan mediante el recurso a la tecnología moderna.

Artículo 49
Investigaciones conjuntas

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en virtud de los cuales, en relación con cuestiones que son objeto de investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en uno o más Estados, las autoridades competentes puedan establecer órganos mixtos de investigación. A falta de tales acuerdos o arreglos, las investigaciones conjuntas podrán llevarse a cabo mediante acuerdos concertados caso por caso. Los Estados Parte participantes velarán por que la soberanía del Estado Parte en cuyo territorio haya de efectuarse la investigación sea plenamente respetada.

Artículo 50
Técnicas especiales de investigación

1. A fin de combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales.

2. A los efectos de investigar los delitos comprendidos en la presente Convención, se alienta a los Estados Parte a que celebren, cuando proceda, acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales apropiados para utilizar esas técnicas especiales de investigación en el contexto de la cooperación en el plano internacional. Esos acuerdos o arreglos se concertarán y ejecutarán respetando plenamente el principio de la igualdad soberana de los Estados y al ponerlos en práctica se cumplirán estrictamente las condiciones en ellos contenidas.

3. De no existir los acuerdos o arreglos mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, toda decisión de recurrir a esas técnicas especiales de investigación en el plano internacional se adoptará sobre la base de cada caso particular y podrá, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los entendimientos relativos al ejercicio de jurisdicción por los Estados Parte interesados.

4. Toda decisión de recurrir a la entrega vigilada en el plano internacional podrá, con el consentimiento de los Estados Parte interesados, incluir la aplicación de métodos tales como interceptar los bienes o los fondos, autorizarlos a proseguir intactos o retirarlos o sustituirlos total o parcialmente.

CAPÍTULO V
Recuperación de activos

Artículo 51
Disposición general

La restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto.

Artículo 52
Prevención y detección de transferencias del producto del delito

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14 de la presente Convención, cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con su derecho interno, para exigir a las instituciones financieras que funcionan en su territorio que verifiquen la identidad de los clientes, adopten medidas razonables para determinar la identidad de los beneficiarios finales de los fondos depositados en cuentas de valor elevado, e intensifiquen su escrutinio de toda cuenta solicitada o mantenida por o a nombre de personas que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas prominentes y de sus familiares y estrechos colaboradores. Ese escrutinio intensificado deberá estructurarse razonablemente de modo que permita descubrir transacciones sospechosas con objeto de informar al respecto a las autoridades competentes y no deberá ser concebido de forma que desaliente o impida el curso normal del negocio de las instituciones financieras con su legítima clientela.

2. A fin de facilitar la aplicación de las medidas previstas en el párrafo 1 del presente artículo, cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno e inspirándose en las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero, deberá:

   a) Impartir directrices sobre el tipo de personas naturales o jurídicas cuyas cuentas las instituciones financieras que funcionan en su territorio deberán someter a un mayor escrutinio, los tipos de cuentas y transacciones

a las que deberán prestar particular atención y la manera apropiada de abrir cuentas y de llevar registros o expedientes respecto de ellas; y

b) Notificar, cuando proceda, a las instituciones financieras que funcionan en su territorio, a solicitud de otro Estado Parte o por propia iniciativa, la identidad de determinadas personas naturales o jurídicas cuyas cuentas esas instituciones deberán someter a un mayor escrutinio, además de las que las instituciones financieras puedan identificar de otra forma.

3. En el contexto del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo, cada Estado Parte aplicará medidas para velar por que sus instituciones financieras mantengan, durante un plazo conveniente, registros adecuados de las cuentas y transacciones relacionadas con las personas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, los cuales deberán contener, como mínimo, información relativa a la identidad del cliente y, en la medida de lo posible, del beneficiario final.

4. Con objeto de prevenir y detectar las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, cada Estado Parte aplicará medidas apropiadas y eficaces para impedir, con la ayuda de sus órganos reguladores y de supervisión, el establecimiento de bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación. Además, los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a sus instituciones financieras que se nieguen a entablar relaciones con esas instituciones en calidad de bancos corresponsales, o a continuar las relaciones existentes, y que se abstengan de establecer relaciones con instituciones financieras extranjeras que permitan utilizar sus cuentas a bancos que no tengan presencia real y que no estén afiliados a un grupo financiero sujeto a regulación.

5. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer, de conformidad con su derecho interno, sistemas eficaces de divulgación de información financiera para los funcionarios públicos pertinentes y dispondrá sanciones adecuadas para todo incumplimiento del deber de declarar. Cada Estado Parte considerará asimismo la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes compartan esa información con las autoridades competentes de otros Estados Parte, si ello es necesario para investigar, reclamar o recuperar el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias, con arreglo a su derecho interno, para exigir a los funcionarios públicos pertinentes que tengan algún derecho o poder de firma o de otra índole sobre alguna cuenta financiera en algún país extranjero que declaren su relación con esa cuenta a las autoridades competentes y que lleven el debido registro de dicha cuenta. Esas medidas deberán incluir sanciones adecuadas para todo caso de incumplimiento.

Artículo 53
Medidas para la recuperación directa de bienes

Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno:

a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y

c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

Artículo 54
Mecanismos de recuperación de bienes mediante la cooperación internacional para fines de decomiso

1. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno:

   a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte;

   b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno; y

   c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

2. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca solicitada con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 55 de la presente Convención, de conformidad con su derecho interno:

   a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo;

   b) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una solicitud que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso a efectos del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo; y

   c) Considerará la posibilidad de adoptar otras medidas para que sus autoridades competentes puedan preservar los bienes a efectos de decomiso, por ejemplo sobre la base de una orden extranjera de detención o inculpación penal relacionada con la adquisición de esos bienes.

Artículo 55
Cooperación internacional para fines de decomiso

1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

   a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o

   b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 31 y en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 54 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido.

2. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 31 de la presente Convención con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte requirente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

3. Las disposiciones del artículo 46 de la presente Convención serán aplicables, *mutatis mutandis*, al presente artículo. Además de la información indicada en el párrafo 15 del artículo 46, las solicitudes presentadas de conformidad con el presente artículo contendrán lo siguiente:

   a) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, una descripción de los bienes susceptibles de decomiso, así como, en la medida de lo posible, la ubicación y, cuando proceda, el valor estimado de los bienes y una exposición de los hechos en que se basa la solicitud del Estado Parte requirente que sean lo suficientemente explícitas para que el Estado Parte requerido pueda tramitar la orden con arreglo a su derecho interno;

   b) Cuando se trate de una solicitud relativa al apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso expedida por el Estado Parte requirente en la que se basa la solicitud, una exposición de los hechos y la información que proceda sobre el grado de ejecución que se solicita dar a la orden, una declaración en la que se indiquen las medidas adoptadas por el Estado Parte requirente para dar notificación adecuada a terceros de buena fe y para garantizar el debido proceso y un certificado de que la orden de decomiso es definitiva;

   c) Cuando se trate de una solicitud relativa al párrafo 2 del presente artículo, una exposición de los hechos en que se basa el Estado Parte requirente y una descripción de las medidas solicitadas, así como, cuando se disponga de ella, una copia admisible en derecho de la orden de decomiso en la que se basa la solicitud.

4. El Estado Parte requerido adoptará las decisiones o medidas previstas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo conforme y con sujeción a lo dispuesto en su derecho interno y en sus reglas de procedimiento o en los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales por los que pudiera estar vinculado al Estado Parte requirente.

5. Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes y reglamentos destinados a dar aplicación al presente

artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga de tales leyes y reglamentos o una descripción de esta.

6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

7. La cooperación prevista en el presente artículo también se podrá denegar, o se podrán levantar las medidas cautelares, si el Estado Parte requerido no recibe pruebas suficientes u oportunas o si los bienes son de escaso valor.

8. Antes de levantar toda medida cautelar adoptada de conformidad con el presente artículo, el Estado Parte requerido deberá, siempre que sea posible, dar al Estado Parte requirente la oportunidad de presentar sus razones a favor de mantener en vigor la medida.

9. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

Artículo 56
Cooperación especial

Sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculten para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención.

Artículo 57
Restitución y disposición de activos

1. Cada Estado Parte dispondrá de los bienes que haya decomisado conforme a lo dispuesto en los artículos 31 o 55 de la presente Convención, incluida la restitución a sus legítimos propietarios anteriores, con arreglo al párrafo 3 del presente artículo, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención y con su derecho interno.

2. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para permitir que sus autoridades competentes procedan a la restitución de los bienes decomisados, al dar curso a una solicitud presentada por otro Estado Parte, de conformidad con la presente Convención, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe.

3. De conformidad con los artículos 46 y 55 de la presente Convención y con los párrafos 1 y 2 del presente artículo, el Estado Parte requerido:

   a) En caso de malversación o peculado de fondos públicos o de blanqueo de fondos públicos malversados a que se hace referencia en los artículos 17 y 23 de la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido;

   b) En caso de que se trate del producto de cualquier otro delito comprendido en la presente Convención, restituirá al Estado Parte requirente los bienes decomisados cuando se haya procedido al decomiso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención y sobre la base de una sentencia firme dictada en el Estado Parte requirente, requisito al que podrá renunciar el Estado Parte requerido, y cuando el Estado Parte requirente acredite razonablemente ante el Estado Parte requerido su propiedad anterior de los bienes decomisados o el Estado Parte requerido reconozca los daños causados al Estado Parte requirente como base para la restitución de los bienes decomisados;

   c) En todos los demás casos, dará consideración prioritaria a la restitución al Estado Parte requirente de los bienes decomisados, a la restitución de esos bienes a sus propietarios legítimos anteriores o a la indemnización de las víctimas del delito.

4. Cuando proceda, a menos que los Estados Parte decidan otra cosa, el Estado Parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el presente artículo.

5. Cuando proceda, los Estados Parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados.

Artículo 58
Dependencia de inteligencia financiera

Los Estados Parte cooperarán entre sí a fin de impedir y combatir la transferencia del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y de promover medios y arbitrios para recuperar dicho producto y, a tal fin, considerarán la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que se encargará de recibir, analizar y dar a conocer a las autoridades competentes todo informe relacionado con las transacciones financieras sospechosas.

Artículo 59
Acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales

Los Estados Parte considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales con miras a aumentar la eficacia de la cooperación internacional prestada de conformidad con el presente capítulo de la Convención.

CAPÍTULO VI
Asistencia técnica e intercambio de información

Artículo 60
Capacitación y asistencia técnica

1. Cada Estado Parte, en la medida necesaria, formulará, desarrollará o perfeccionará programas de capacitación específicamente concebidos para el personal de sus servicios encargados de prevenir y combatir la corrupción. Esos programas de capacitación podrán versar, entre otras cosas, sobre:

   a) Medidas eficaces para prevenir, detectar, investigar, sancionar y combatir la corrupción, incluso el uso de métodos de reunión de pruebas e investigación;

   b) Fomento de la capacidad de formulación y planificación de una política estratégica contra la corrupción;

   c) Capacitación de las autoridades competentes en la preparación de solicitudes de asistencia judicial recíproca que satisfagan los requisitos de la presente Convención;

   d) Evaluación y fortalecimiento de las instituciones, de la gestión de la función pública y la gestión de las finanzas públicas, incluida la contratación pública, así como del sector privado;

   e) Prevención y lucha contra las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y recuperación de dicho producto;

   f) Detección y embargo preventivo de las transferencias del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

   g) Vigilancia del movimiento del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, así como de los métodos empleados para la transferencia, ocultación o disimulación de dicho producto;

   h) Mecanismos y métodos legales y administrativos apropiados y eficientes para facilitar la restitución del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención;

i) Métodos utilizados para proteger a las víctimas y los testigos que cooperen con las autoridades judiciales; y

j) Capacitación en materia de reglamentos nacionales e internacionales y en idiomas.

2. En la medida de sus posibilidades, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse la más amplia asistencia técnica, especialmente en favor de los países en desarrollo, en sus respectivos planes y programas para combatir la corrupción, incluido apoyo material y capacitación en las esferas mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, así como capacitación y asistencia e intercambio mutuo de experiencias y conocimientos especializados, lo que facilitará la cooperación internacional entre los Estados Parte en las esferas de la extradición y la asistencia judicial recíproca.

3. Los Estados Parte intensificarán, en la medida necesaria, los esfuerzos para optimizar las actividades operacionales y de capacitación en las organizaciones internacionales y regionales y en el marco de los acuerdos o arreglos bilaterales y multilaterales pertinentes.

4. Los Estados Parte considerarán, previa solicitud, la posibilidad de ayudarse entre sí en la realización de evaluaciones, estudios e investigaciones sobre los tipos, causas, efectos y costos de la corrupción en sus respectivos países con miras a elaborar, con la participación de las autoridades competentes y de la sociedad, estrategias y planes de acción contra la corrupción.

5. A fin de facilitar la recuperación del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, los Estados Parte podrán cooperar facilitándose los nombres de peritos que puedan ser útiles para lograr ese objetivo.

6. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de recurrir a la organización de conferencias y seminarios subregionales, regionales e internacionales para promover la cooperación y la asistencia técnica y para fomentar los debates sobre problemas de interés mutuo, incluidos los problemas y necesidades especiales de los países en desarrollo y los países con economías en transición.

7. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios con miras a contribuir financieramente a los esfuerzos de los países en desarrollo y los países con economías en transición para aplicar la presente Convención mediante programas y proyectos de asistencia técnica.

8. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de hacer contribuciones voluntarias a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito con el propósito de impulsar, a través de dicha Oficina, programas y proyectos en los países en desarrollo con miras a aplicar la presente Convención.

Artículo 61
Recopilación, intercambio y análisis de información sobre la corrupción

1. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de analizar, en consulta con expertos, las tendencias de la corrupción en su territorio, así como las circunstancias en que se cometen los delitos de corrupción.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de desarrollar y compartir, entre sí y por conducto de organizaciones internacionales y regionales, estadísticas, experiencia analítica acerca de la corrupción e información con miras a establecer, en la medida de lo posible, definiciones, normas y metodologías comunes, así como información sobre las prácticas óptimas para prevenir y combatir la corrupción.

3. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de vigilar sus políticas y medidas en vigor encaminadas a combatir la corrupción y de evaluar su eficacia y eficiencia.

Artículo 62
Otras medidas: aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica

1. Los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la corrupción en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular.

2. Los Estados Parte harán esfuerzos concretos, en la medida de lo posible y en forma coordinada entre sí, así como con organizaciones internacionales y regionales, por:

   a) Intensificar su cooperación en los diversos planos con los países en desarrollo con miras a fortalecer la capacidad de esos países para prevenir y combatir la corrupción;

   b) Aumentar la asistencia financiera y material a fin de apoyar los esfuerzos de los países en desarrollo para prevenir y combatir la corrupción con eficacia y ayudarles a aplicar satisfactoriamente la presente Convención;

   c) Prestar asistencia técnica a los países en desarrollo y a los países con economías en transición para ayudarles a satisfacer sus necesidades relacionadas con la aplicación de la presente Convención. A tal fin, los Estados Parte procurarán hacer contribuciones voluntarias adecuadas y periódicas a una cuenta específicamente designada a esos efectos en un mecanismo de financiación de las Naciones Unidas. Con arreglo a su derecho interno y a las disposiciones de la Convención, los Estados Parte podrán

también dar consideración especial a la posibilidad de ingresar en esa cuenta un porcentaje del dinero decomisado o de la suma equivalente a los bienes o al producto del delito decomisados conforme a lo dispuesto en la Convención;

d) Alentar y persuadir a otros Estados e instituciones financieras, según proceda, para que se sumen a los esfuerzos desplegados con arreglo al presente artículo, en particular proporcionando un mayor número de programas de capacitación y equipo moderno a los países en desarrollo a fin de ayudarles a lograr los objetivos de la presente Convención.

3. En lo posible, estas medidas no menoscabarán los compromisos existentes en materia de asistencia externa ni otros arreglos de cooperación financiera en los ámbitos bilateral, regional o internacional.

4. Los Estados Parte podrán celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales sobre asistencia material y logística, teniendo en cuenta los arreglos financieros necesarios para hacer efectiva la cooperación internacional prevista en la presente Convención y para prevenir, detectar y combatir la corrupción.

CAPÍTULO VII
Mecanismos de aplicación

Artículo 63
Conferencia de los Estados Parte en la Convención

1. Se establecerá una Conferencia de los Estados Parte en la Convención a fin de mejorar la capacidad de los Estados Parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos enunciados en la presente Convención y promover y examinar su aplicación.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas convocará la Conferencia de los Estados Parte a más tardar un año después de la entrada en vigor de la presente Convención. Posteriormente se celebrarán reuniones periódicas de la Conferencia de los Estados Parte de conformidad con lo dispuesto en las reglas de procedimiento aprobadas por la Conferencia.

3. La Conferencia de los Estados Parte aprobará el reglamento y las normas que rijan la ejecución de las actividades enunciadas en el presente artículo, incluidas las normas relativas a la admisión y la participación de observadores y el pago de los gastos que ocasione la realización de esas actividades.

4. La Conferencia de los Estados Parte concertará actividades, procedimientos y métodos de trabajo con miras a lograr los objetivos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo, y en particular:

a) Facilitará las actividades que realicen los Estados Parte con arreglo a los artículos 60 y 62 y a los capítulos II a V de la presente Convención, incluso promoviendo la aportación de contribuciones voluntarias;

b) Facilitará el intercambio de información entre los Estados Parte sobre las modalidades y tendencias de la corrupción y sobre prácticas eficaces para prevenirla y combatirla, así como para la restitución del producto del delito, mediante, entre otras cosas, la publicación de la información pertinente mencionada en el presente artículo;

c) Cooperará con organizaciones y mecanismos internacionales y regionales y organizaciones no gubernamentales pertinentes;

d) Aprovechará adecuadamente la información pertinente elaborada por otros mecanismos internacionales y regionales encargados de combatir y prevenir la corrupción a fin de evitar una duplicación innecesaria de actividades;

e) Examinará periódicamente la aplicación de la presente Convención por sus Estados Parte;

f) Formulará recomendaciones para mejorar la presente Convención y su aplicación;

g) Tomará nota de las necesidades de asistencia técnica de los Estados Parte con respecto a la aplicación de la presente Convención y recomendará las medidas que considere necesarias al respecto.

5. A los efectos del párrafo 4 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte obtendrá el necesario conocimiento de las medidas adoptadas y de las dificultades encontradas por los Estados Parte en la aplicación de la presente Convención por conducto de la información que ellos le faciliten y de los demás mecanismos de examen que establezca la Conferencia de los Estados Parte.

6. Cada Estado Parte proporcionará a la Conferencia de los Estados Parte información sobre sus programas, planes y prácticas, así como sobre las medidas legislativas y administrativas adoptadas para aplicar la presente Convención, según lo requiera la Conferencia de los Estados Parte. La Conferencia de los Estados Parte tratará de determinar la manera más eficaz de recibir y procesar la información, incluida la que reciba de los Estados Parte y de organizaciones internacionales competentes. También se podrán considerar las aportaciones recibidas de organizaciones no gubernamentales pertinentes debidamente acreditadas conforme a los procedimientos acordados por la Conferencia de los Estados Parte.

7. En cumplimiento de los párrafos 4 a 6 del presente artículo, la Conferencia de los Estados Parte establecerá, si lo considera necesario, un mecanismo u órgano apropiado para apoyar la aplicación efectiva de la presente Convención.

Artículo 64
Secretaría

1. El Secretario General de las Naciones Unidas prestará los servicios de secretaría necesarios a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención.

2. La secretaría:

   a) Prestará asistencia a la Conferencia de los Estados Parte en la realización de las actividades enunciadas en el artículo 63 de la presente Convención y organizará los periodos de sesiones de la Conferencia de los Estados Parte y les proporcionará los servicios necesarios;

   b) Prestará asistencia a los Estados Parte que la soliciten en el suministro de información a la Conferencia de los Estados Parte según lo previsto en los párrafos 5 y 6 del artículo 63 de la presente Convención; y

   c) Velará por la coordinación necesaria con las secretarías de otras organizaciones internacionales y regionales pertinentes.

CAPÍTULO VIII
Disposiciones finales

Artículo 65
Aplicación de la Convención

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. 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.

Artículo 66
Solución de controversias

1. Los Estados Parte procurarán solucionar toda controversia relacionada con la interpretación o aplicación de la presente Convención mediante la negociación.

2. Toda controversia entre dos o más Estados Parte acerca de la interpretación o la aplicación de la presente Convención que no pueda resolverse mediante la negociación dentro de un plazo razonable deberá, a solicitud de uno de esos Estados Parte, someterse a arbitraje. Si, seis meses después de la fecha de la solicitud de arbitraje, esos Estados Parte no han podido ponerse de acuerdo

sobre la organización del arbitraje, cualquiera de esos Estados Parte podrá remitir la controversia a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud conforme al Estatuto de la Corte.

3. Cada Estado Parte podrá, en el momento de la firma, ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de la adhesión a ella, declarar que no se considera vinculado por el párrafo 2 del presente artículo. Los demás Estados Parte no quedarán vinculados por el párrafo 2 del presente artículo respecto de todo Estado Parte que haya hecho esa reserva.

4. El Estado Parte que haya hecho una reserva de conformidad con el párrafo 3 del presente artículo podrá en cualquier momento retirar esa reserva notificándolo al Secretario General de las Naciones Unidas.

Artículo 67
Firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión

1. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 en Mérida, México, y después de esa fecha en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York hasta el 9 de diciembre de 2005.

2. La presente Convención también estará abierta a la firma de las organizaciones regionales de integración económica siempre que al menos uno de los Estados miembros de tales organizaciones haya firmado la presente Convención de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Las organizaciones regionales de integración económica podrán depositar su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación si por lo menos uno de sus Estados miembros ha procedido de igual manera. En ese instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, esas organizaciones declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

4. La presente Convención estará abierta a la adhesión de todos los Estados u organizaciones regionales de integración económica que cuenten por lo menos con un Estado miembro que sea Parte en la presente Convención. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. En el momento de su adhesión, las organizaciones regionales de integración económica declararán el alcance de su competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención. Dichas organizaciones comunicarán también al depositario cualquier modificación pertinente del alcance de su competencia.

Artículo 68
Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha en que se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. A los efectos del presente párrafo, los instrumentos depositados por una organización regional de integración económica no se considerarán adicionales a los depositados por los Estados miembros de tal organización.

2. Para cada Estado u organización regional de integración económica que ratifique, acepte o apruebe la presente Convención o se adhiera a ella después de haberse depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día después de la fecha en que ese Estado u organización haya depositado el instrumento pertinente o en la fecha de su entrada en vigor con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, si esta es posterior.

Artículo 69
Enmienda

1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde la entrada en vigor de la presente Convención, los Estados Parte podrán proponer enmiendas y transmitirlas al Secretario General de las Naciones Unidas, quien a continuación comunicará toda enmienda propuesta a los Estados Parte y a la Conferencia de los Estados Parte en la Convención para que la examinen y adopten una decisión al respecto. La Conferencia de los Estados Parte hará todo lo posible por lograr un consenso sobre cada enmienda. Si se han agotado todas las posibilidades de lograr un consenso y no se ha llegado a un acuerdo, la aprobación de la enmienda exigirá, en última instancia, una mayoría de dos tercios de los Estados Parte presentes y votantes en la reunión de la Conferencia de los Estados Parte.

2. Las organizaciones regionales de integración económica, en asuntos de su competencia, ejercerán su derecho de voto con arreglo al presente artículo con un número de votos igual al número de sus Estados miembros que sean Partes en la presente Convención. Dichas organizaciones no ejercerán su derecho de voto si sus Estados miembros ejercen el suyo y viceversa.

3. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Parte.

4. Toda enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor respecto de un Estado Parte noventa días después de la fecha en que este deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de esa enmienda.

5. Cuando una enmienda entre en vigor, será vinculante para los Estados Parte que hayan expresado su consentimiento al respecto. Los demás Estados Parte quedarán sujetos a las disposiciones de la presente Convención, así como a cualquier otra enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.

Artículo 70
Denuncia

1. Los Estados Parte podrán denunciar la presente Convención mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

2. Las organizaciones regionales de integración económica dejarán de ser Partes en la presente Convención cuando la hayan denunciado todos sus Estados miembros.

Artículo 71
Depositario e idiomas

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario de la presente Convención.

2. El original de la presente Convención, cuyo texto en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso es igualmente auténtico, se depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

EN FE DE LO CUAL, los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Convención.

CONVENCIÓN PARA COMBATIR EL COHECHO DE SERVIDORES PÚBLICOS EXTRANJEROS EN TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

PREÁMBULO

Las Partes,

Considerando que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales;

Considerando que todos los países comparten la responsabilidad de combatir el cohecho en las transacciones comerciales internacionales;

Teniendo en cuenta la Recomendación Revisada para Combatir el Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) el 23 de mayo de 1997, C (97) 123/FINAL, que, *inter alia*, exigió medidas eficaces para disuadir, prevenir y combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales; en especial, la pronta tipificación como delito de ese cohecho de manera eficaz y coordinada y de conformidad con los elementos comunes acordados expuestos en dicha Recomendación y con los principios jurisdiccionales y otros principios jurídicos básicos de cada país.

Congratulándose de otras actividades recientes que promueven aún más la comprensión y la cooperación internacionales para combatir el cohecho de servidores públicos, incluidas las actuaciones de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Comercio, la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Unión Europea;

Congratulándose de los esfuerzos de empresas, organizaciones comerciales, sindicatos mercantiles, así como los de otras organizaciones no gubernamentales para combatir el cohecho;

Reconociendo el papel de los gobiernos para prevenir la instigación al soborno por parte de personas y empresas en las transacciones comerciales internacionales;

Reconociendo que para lograr progreso en este campo no solo se requieren esfuerzos a nivel nacional sino también la cooperación multilateral, la supervisión y el seguimiento;

Reconociendo que lograr la equivalencia entre las medidas que deben tomar las Partes es un objetivo y propósito fundamental de la Convención, lo cual requiere que la Convención sea ratificada sin derogaciones que afecten esta equivalencia;

HAN CONVENIDO LO SIGUIENTE:

Artículo 1.- El Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros

1. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de este o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.

2. Cada parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, la ayuda, la instigación o la autorización de un acto de cohecho de un servidor público extranjero. La tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público extranjero constituirán delitos penales en el mismo grado en que lo sean la tentativa y la confabulación para sobornar a un servidor público de esa Parte.

3. Los delitos expuestos en los párrafos 1 y 2 anteriores en lo sucesivo se denominarán "cohecho de un servidor público extranjero".

4. Para los efectos de esta Convención:

   (a) "servidor público extranjero" significa cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea nombrado o elegido; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, por ejemplo en una dependencia pública o en una empresa pública; y cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional;

   (b) "país extranjero" incluye todos los niveles y subdivisiones de gobierno, desde el nacional al local;

(c) "actuar o abstenerse de actuar en relación con el cumplimiento de deberes oficiales" incluye cualquier uso del puesto del servidor público, sea o no de la competencia autorizada del servidor.

Artículo 2.- Responsabilidad de las personas morales

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

Artículo 3.- Sanciones

1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá ser castigable mediante sanciones penales eficaces, proporcionales y disuasorias. La escala de las sanciones será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos propios de la Parte y, en el caso de las personas físicas, incluirán la privación de la libertad suficiente para permitir la ayuda jurídica recíproca y la extradición.

2. En el caso de que, conforme al régimen jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas morales, dicha Parte deberá asegurar que esas personas morales serán sujetas a sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias por el cohecho de servidores públicos extranjeros.

3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de este de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.

4. Cada Parte deberá considerar la imposición de sanciones civiles o administrativas adicionales contra una persona sujeta a sanciones por el cohecho de un servidor público extranjero.

Artículo 4.- Jurisdicción

1. Cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción sobre el cohecho de un servidor público extranjero cuando el delito sea cometido en todo o en parte de su territorio.

2. Cada Parte que tenga jurisdicción para procesar a sus nacionales por delitos cometidos en el extranjero deberá tomar las medidas que sean necesarias para acreditar su jurisdicción para hacerlo con respecto al cohecho de un servidor público extranjero, de acuerdo con los mismos principios.

3. Cuando varias Partes tengan jurisdicción sobre un presunto delito descrito en esta Convención, las Partes implicadas, a solicitud de una de ellas, deberán realizarán consultas para determinar la jurisdicción más adecuada para el proceso judicial.

4. Cada Parte deberá revisar si su criterio jurisdiccional actual es eficaz en la lucha contra el cohecho de servidores públicos extranjeros, y de no serlo tomará medidas correctivas.

Artículo 5.- Aplicación de la ley

La investigación y el enjuiciamiento del cohecho de un servidor público extranjero deberán sujetarse a los principios y las normas aplicables de cada Parte. En estos no influirán consideraciones de interés económico nacional, el posible efecto sobre las relaciones con otro Estado ni la identidad de las personas físicas o morales implicadas.

Artículo 6.- Prescripción

Cualquier ley de prescripción aplicable al delito de cohecho de un servidor público extranjero deberá permitir un plazo adecuado para la investigación y el enjuiciamiento de ese delito.

Artículo 7.- Lavado de dinero

Cada parte que haya dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde este haya ocurrido.

Artículo 8.- Contabilidad

1. Para combatir de manera eficaz el cohecho de servidores públicos extranjeros, cada Parte deberá tomar las medidas que sean necesarias, dentro del marco de sus leyes y reglamentos, respecto a mantener libros y registros contables, divulgar estados financieros y usar normas de contabilidad y auditoría, para prohibir la creación de cuentas no asentadas en libros contables, llevar una doble contabilidad o transacciones identificadas de manera inadecuada, el registro de gastos inexistentes, el registro de pasivos con identificación incorrecta de su fin, así como el uso de documentos falsos por parte de las empresas sujetas a dichas leyes y reglamentos, con el propósito de sobornar a servidores públicos extranjeros o de ocultar dicho delito.

2. Cada Parte estipulará sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias de carácter civil, administrativo o penal para tales omisiones y falsificaciones con respecto a los libros contables, registros, cuentas y estados financieros de dichas empresas.

Artículo 9.- Ayuda jurídica recíproca

1. En el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investigaciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención;

y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral. La Parte requerida deberá informar sin demora a la Parte requirente sobre cualquier información o documentos adicionales necesarios para respaldar la petición de ayuda y, cuando así lo solicite, sobre la situación y resultado de la petición de ayuda.

2. Cuando una Parte condicione la ayuda jurídica recíproca a la existencia de la doble penalización; deberá considerarse que esta existe si el delito por el cual se pide la ayuda está dentro del ámbito de esta Convención.

3. Una Parte no deberá declinar el prestar ayuda jurídica recíproca para asuntos penales dentro del ámbito de esta Convención aduciendo el secreto bancario.

Artículo 10.- Extradición

1. El cohecho de un servidor público extranjero deberá considerarse incluido como un delito que dará lugar a la extradición conforme a las leyes de las Partes y a los tratados de extradición entre ellas.

2. Si una Parte que condicione la extradición a la existencia de un tratado de extradición recibe una petición de extradición de otra Parte con la que no tenga tratado de extradición, podrá considerar esta Convención como el fundamento legal para la extradición con respecto al delito de cohecho de un servidor público extranjero.

3. Cada Parte deberá tomar las medidas necesarias para asegurar que puede extraditar a sus nacionales o que puede procesar a sus nacionales por el delito de cohecho de un servidor público extranjero. Una Parte que decline una solicitud para extraditar a una persona por el cohecho de un servidor público extranjero exclusivamente porque esa persona sea su nacional, deberá someter el caso a sus autoridades competentes para efectos de proceso judicial.

4. La extradición por cohecho de un servidor público extranjero está sujeta a las condiciones establecidas en el derecho nacional y en los tratados y acuerdos aplicables de cada Parte. Cuando una Parte condicione la extradición a la existencia de la doble penalización del delito, esa condición deberá considerarse cumplida si el delito por el cual se pide la extradición está dentro del ámbito del Artículo 1 de esta Convención.

Artículo 11.- Autoridades responsables

Para los fines del párrafo 3 del Artículo 4, sobre consultas; del Artículo 9, sobre asistencia jurídica recíproca y del Artículo 10, sobre extradición; cada Parte deberá notificar al Secretario General de la OCDE quién es o quiénes son las autoridades responsables de la preparación y recepción de solicitudes, que servirán como vía de comunicación para dichos asuntos de esa Parte, sin perjuicio de otros acuerdos entre las Partes.

Artículo 12.- Monitoreo y seguimiento

Las Partes deberán cooperar para llevar a cabo un programa de seguimiento sistemático para monitorear y promover la plena aplicación de la presente Convención. Salvo decisión en contrario tomada por consenso de las Partes, esto deberá realizarse en el marco del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales y de acuerdo con su mandato; o dentro del marco y de las atribuciones de cualquier órgano que lo suceda en esas funciones; y las Partes deberán costear los gastos del programa de acuerdo con las normas aplicables a ese órgano.

Artículo 13.- Firma y adhesión

1. Hasta su entrada en vigor, esta Convención deberá estar abierta para la firma de los miembros y no miembros de la OCDE que hayan sido invitados a ser participantes de pleno derecho en su Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales.

2. Con posterioridad a su entrada en vigor, esta Convención deberá estar abierta a la adhesión de todo no signatario que sea miembro de la OCDE o que haya llegado a ser participante de pleno derecho en el Grupo de Trabajo sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales Internacionales o de cualquier órgano que lo suceda en sus funciones. Para cada uno de dichos no signatarios, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha del depósito de su instrumento de adhesión.

Artículo 14.- Ratificación y depositario

1. Esta Convención está sujeta a la aceptación, aprobación o ratificación por parte de los signatarios, de conformidad con sus leyes respectivas.

2. Los instrumentos de aceptación, aprobación, ratificación o adhesión serán depositados con el Secretario General de la OCDE, quien fungirá como depositario de esta Convención.

Artículo 15.- Entrada en vigor

1. Esta Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha en que cinco de los diez países que tengan las cuotas de exportación más grandes, según lo expuesto en el documento DAFFE/IME/ BR(97)18/ FINAL (anexo), y que representen por sí mismas al menos el sesenta por ciento de las exportaciones totales combinadas de esos diez países, hayan depositado sus instrumentos de aceptación, aprobación o ratificación. Para cada signatario que deposite su instrumento después de dicha entrada en vigor, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después del depósito de su instrumento.

2. Si después del 31 de diciembre de 1998 la Convención no ha entrado en vigor conforme al párrafo 1 antes citado, cualquier signatario que haya depositado su instrumento de aceptación, aprobación o ratificación podrá declarar por escrito al Depositario su buena disposición para aceptar la entrada en vigor de esta Convención, conforme a este párrafo 2. La Convención deberá entrar en vigor para dicho signatario en el sexagésimo día después de la fecha en que dicha declaración escrita haya sido depositada cuando menos por dos signatarios. Para cada signatario que deposite su declaración después de dicha entrada en vigor, la Convención deberá entrar en vigor en el sexagésimo día después de la fecha del depósito.

Artículo 16.- Reformas

Cualquier Parte puede proponer la reforma de esta Convención. Las propuestas de reforma deberán presentarse al Depositario, quien deberá comunicarlas a las demás Partes al menos sesenta días antes de convocar a una reunión de las Partes para estudiar la reforma propuesta. Una reforma aprobada por consenso de las Partes, o por otros medios que las Partes puedan determinar por consenso, deberá entrar en vigor sesenta días después del depósito de un instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de todas las Partes, o en otras circunstancias que las Partes puedan especificar al momento de la aprobación de la reforma.

Artículo 17.- Retirada

Una Parte puede retirarse de esta Convención al presentar una notificación escrita al Depositario. La retirada surtirá efecto un año después de la fecha de recepción de la notificación. Después de la retirada, la cooperación entre las Partes y la Parte que se haya retirado deberá continuar en cuanto a todas las peticiones de ayuda o de extradición que sigan pendientes y que se hayan hecho antes de la fecha en que entrara en vigor dicha retirada.



BRIBERY ACT 2010

CHAPTER 23

CONTENTS

General bribery offences

1 Offences of bribing another person
2 Offences relating to being bribed
3 Function or activity to which bribe relates
4 Improper performance to which bribe relates
5 Expectation test

Bribery of foreign public officials

6 Bribery of foreign public officials

Failure of commercial organisations to prevent bribery

7 Failure of commercial organisations to prevent bribery
8 Meaning of associated person
9 Guidance about commercial organisations preventing bribery

Prosecution and penalties

10 Consent to prosecution
11 Penalties

Other provisions about offences

12 Offences under this Act: territorial application
13 Defence for certain bribery offences etc.
14 Offences under sections 1, 2 and 6 by bodies corporate etc.
15 Offences under section 7 by partnerships

Supplementary and final provisions

16 Application to Crown

17 Consequential provision

18 Extent

19 Commencement and transitional provision etc.

20 Short title

Schedule 1 - Consequential amendments

Schedule 2 - Repeals and revocations



BRIBERY ACT 2010

2010 CHAPTER 23

An Act to make provision about offences relating to bribery; and for connected purposes. [8th April 2010]

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present

Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

General bribery offences

1 Offences of bribing another person

(1) A person ("P") is guilty of an offence if either of the following cases applies.

(2) Case 1 is where—

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P intends the advantage—

(i) to induce a person to perform improperly a relevant function or activity, or

(ii) to reward a person for the improper performance of such a function or activity.

(3) Case 2 is where—

(a) P offers, promises or gives a financial or other advantage to another person, and

(b) P knows or believes that the acceptance of the advantage would itself constitute the improper performance of a relevant function or activity.

(4) In case 1 it does not matter whether the person to whom the advantage is offered, promised or given is the same person as the person who is to perform, or has performed, the function or activity concerned.

(5) In cases 1 and 2 it does not matter whether the advantage is offered, promised or given by P directly or through a third party.

2 Offences relating to being bribed

(1) A person ("R") is guilty of an offence if any of the following cases applies.

(2) Case 3 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage intending that, in consequence, a relevant function or activity should be performed improperly (whether by R or another person).

(3) Case 4 is where—

(a) R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage, and

(b) the request, agreement or acceptance itself constitutes the improper performance by R of a relevant function or activity.

(4) Case 5 is where R requests, agrees to receive or accepts a financial or other advantage as a reward for the improper performance (whether by R or another person) of a relevant function or activity.

(5) Case 6 is where, in anticipation of or in consequence of R requesting, agreeing to receive or accepting a financial or other advantage, a relevant function or activity is performed improperly—

(a) by R, or

(b) by another person at R's request or with R's assent or acquiescence.

(6) In cases 3 to 6 it does not matter—

(a) whether R requests, agrees to receive or accepts (or is to request, agree to receive or accept) the advantage directly or through a third party,

(b) whether the advantage is (or is to be) for the benefit of R or another person.

(7) In cases 4 to 6 it does not matter whether R knows or believes that the performance of the function or activity is improper.

(8) In case 6, where a person other than R is performing the function or activity, it also does not matter whether that person knows or believes that the performance of the function or activity is improper.

3 Function or activity to which bribe relates

(1) For the purposes of this Act a function or activity is a relevant function or activity if—

(a) it falls within subsection (2), and

(b) meets one or more of conditions A to C.

(2) The following functions and activities fall within this subsection—

(a) any function of a public nature,

(b) any activity connected with a business,

(c) any activity performed in the course of a person's employment,

(d) any activity performed by or on behalf of a body of persons (whether corporate or unincorporate).

(3) Condition A is that a person performing the function or activity is expected to perform it in good faith.

(4) Condition B is that a person performing the function or activity is expected to perform it impartially.

(5) Condition C is that a person performing the function or activity is in a position of trust by virtue of performing it.

(6) A function or activity is a relevant function or activity even if it—

(a) has no connection with the United Kingdom, and

(b) is performed in a country or territory outside the United Kingdom.

(7) In this section "business" includes trade or profession.

4 Improper performance to which bribe relates

(1) For the purposes of this Act a relevant function or activity—

(a) is performed improperly if it is performed in breach of a relevant expectation, and

(b) is to be treated as being performed improperly if there is a failure to perform the function or activity and that failure is itself a breach of a relevant expectation.

(2) In subsection (1) "relevant expectation"—

(a) in relation to a function or activity which meets condition A or B, means the expectation mentioned in the condition concerned, and

(b) in relation to a function or activity which meets condition C, means any expectation as to the manner in which, or the reasons for which, the function or activity will be performed that arises from the position of trust mentioned in that condition.

(3) Anything that a person does (or omits to do) arising from or in connection with that person's past performance of a relevant function or activity is to be treated for the purposes of this Act as being done (or omitted) by that person in the performance of that function or activity.

5 Expectation test

(1) For the purposes of sections 3 and 4, the test of what is expected is a test of what a reasonable person in the United Kingdom would expect in relation to the performance of the type of function or activity concerned.

(2) In deciding what such a person would expect in relation to the performance of a function or activity where the performance is not subject to the law of any part of the United Kingdom, any local custom or practice is to be disregarded unless it is permitted or required by the written law applicable to the country or territory concerned.

(3) In subsection (2) "written law" means law contained in—

(a) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or

(b) any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources.

Bribery of foreign public officials

6 Bribery of foreign public officials

(1) A person ("P") who bribes a foreign public official ("F") is guilty of an offence if P's intention is to influence F in F's capacity as a foreign public official.

(2) P must also intend to obtain or retain—

(a) business, or

(b) an advantage in the conduct of business.

(3) P bribes F if, and only if—

(a) directly or through a third party, P offers, promises or gives any financial or other advantage—

(i) to F, or

(ii) to another person at F's request or with F's assent or acquiescence, and

(b) F is neither permitted nor required by the written law applicable to F to be influenced in F's capacity as a foreign public official by the offer, promise or gift.

(4) References in this section to influencing F in F's capacity as a foreign public official mean influencing F in the performance of F's functions as such an official, which includes—

(a) any omission to exercise those functions, and

(b) any use of F's position as such an official, even if not within F's authority.

(5) "Foreign public official" means an individual who—

(a) holds a legislative, administrative or judicial position of any kind, whether appointed or elected, of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory),

(b) exercises a public function—

(i) for or on behalf of a country or territory outside the United Kingdom (or any subdivision of such a country or territory), or

(ii) for any public agency or public enterprise of that country or territory (or subdivision), or

(c) is an official or agent of a public international organisation.

(6) "Public international organisation" means an organisation whose members are any of the following—

(a) countries or territories,

(b) governments of countries or territories,

(c) other public international organisations,

(d) a mixture of any of the above.

(7) For the purposes of subsection (3)(b), the written law applicable to F is—

(a) where the performance of the functions of F which P intends to influence would be subject to the law of any part of the United Kingdom, the law of that part of the United Kingdom,

(b) where paragraph (a) does not apply and F is an official or agent of a public international organisation, the applicable written rules of that organisation,

(c) where paragraphs (a) and (b) do not apply, the law of the country or territory in relation to which F is a foreign public official so far as that law is contained in—

(i) any written constitution, or provision made by or under legislation, applicable to the country or territory concerned, or

(ii) any judicial decision which is so applicable and is evidenced in published written sources.

(8) For the purposes of this section, a trade or profession is a business.

Failure of commercial organisations to prevent bribery

7 Failure of commercial organisations to prevent bribery

(1) A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending—

(a) to obtain or retain business for C, or

(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.

(2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.

(3) For the purposes of this section, A bribes another person if, and only if, A—

(a) is, or would be, guilty of an offence under section 1 or 6 (whether or not A has been prosecuted for such an offence), or

(b) would be guilty of such an offence if section 12(2)(c) and (4) were omitted.

(4) See section 8 for the meaning of a person associated with C and see section 9 for a duty on the Secretary of State to publish guidance.

(5) In this section—

"partnership" means—

(a) a partnership within the Partnership Act 1890, or

(b) a limited partnership registered under the Limited Partnerships Act 1907,

or a firm or entity of a similar character formed under the law of a country or territory outside the United Kingdom,

"relevant commercial organisation" means—

(a) a body which is incorporated under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere),

(b) any other body corporate (wherever incorporated) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,

(c) a partnership which is formed under the law of any part of the United Kingdom and which carries on a business (whether there or elsewhere), or

(d) any other partnership (wherever formed) which carries on a business, or part of a business, in any part of the United Kingdom,

and, for the purposes of this section, a trade or profession is a business.

8 Meaning of associated person

(6) For the purposes of section 7, a person ("A") is associated with C if (disregarding any bribe under consideration) A is a person who performs services for or on behalf of C.

(7) The capacity in which A performs services for or on behalf of C does not matter.

(8) Accordingly A may (for example) be C's employee, agent or subsidiary.

(9) Whether or not A is a person who performs services for or on behalf of C is to be determined by reference to all the relevant circumstances and not merely by reference to the nature of the relationship between A and C.

(10) But if A is an employee of C, it is to be presumed unless the contrary is shown that A is a person who performs services for or on behalf of C.

9 Guidance about commercial organisations preventing bribery

(1) The Secretary of State must publish guidance about procedures that relevant commercial organisations can put in place to prevent persons associated with them from bribing as mentioned in section 7(1).

(2) The Secretary of State may, from time to time, publish revisions to guidance under this section or revised guidance.

(3) The Secretary of State must consult the Scottish Ministers before publishing anything under this section.

(4) Publication under this section is to be in such manner as the Secretary of State considers appropriate.

(5) Expressions used in this section have the same meaning as in section 7.

Prosecution and penalties

10 Consent to prosecution

(1) No proceedings for an offence under this Act may be instituted in England and Wales except by or with the consent of—

(a) the Director of Public Prosecutions,

(b) the Director of the Serious Fraud Office, or

(c) the Director of Revenue and Customs Prosecutions.

(2) No proceedings for an offence under this Act may be instituted in Northern Ireland except by or with the consent of—

(a) the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland, or

(b) the Director of the Serious Fraud Office.

(3) No proceedings for an offence under this Act may be instituted in England and Wales or Northern Ireland by a person—

(a) who is acting—

(i) under the direction or instruction of the Director of Public Prosecutions, the Director of the Serious Fraud Office or the Director of Revenue and Customs Prosecutions, or

(ii) on behalf of such a Director, or

(b) to whom such a function has been assigned by such a Director,

except with the consent of the Director concerned to the institution of the proceedings.

(4) The Director of Public Prosecutions, the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Revenue and Customs Prosecutions must exercise personally any function under subsection (1), (2) or (3) of giving consent.

(5) The only exception is if—

(a) the Director concerned is unavailable, and

(b) there is another person who is designated in writing by the Director acting personally as the person who is authorised to exercise any such function when the Director is unavailable.

(6) In that case, the other person may exercise the function but must do so personally.

(7) Subsections (4) to (6) apply instead of any other provisions which would otherwise have enabled any function of the Director of Public Prosecutions, the Director of the Serious Fraud Office or the Director of Revenue and Customs Prosecutions under subsection (1), (2) or (3) of giving consent to be exercised by a person other than the Director concerned.

(8) No proceedings for an offence under this Act may be instituted in Northern Ireland by virtue of section 36 of the Justice (Northern Ireland) Act 2002 (delegation of the functions of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland to persons other than the Deputy Director) except with the consent of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland to the institution of the proceedings.

(9) The Director of Public Prosecutions for Northern Ireland must exercise personally any function under subsection (2) or (8) of giving consent unless the function is exercised personally by the Deputy Director of Public Prosecutions for Northern Ireland by virtue of section 30(4) or (7) of the Act of 2002 (powers of Deputy Director to exercise functions of Director).

(10) Subsection (9) applies instead of section 36 of the Act of 2002 in relation to the functions of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland and the Deputy Director of Public Prosecutions for Northern Ireland under, or (as the case may be) by virtue of, subsections (2) and (8) above of giving consent.

11 Penalties

(1) An individual guilty of an offence under section 1, 2 or 6 is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months, or to a fine not exceeding the statutory maximum, or to both,

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years, or to a fine, or to both.

(2) Any other person guilty of an offence under section 1, 2 or 6 is liable—

(a) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum,

(b) on conviction on indictment, to a fine.

(3) A person guilty of an offence under section 7 is liable on conviction on indictment to a fine.

(4) The reference in subsection (1)(a) to 12 months is to be read—

(a) in its application to England and Wales in relation to an offence committed before the commencement of section 154(1) of the Criminal Justice Act 2003, and

(b) in its application to Northern Ireland, as a reference to 6 months.

Other provisions about offences

12 Offences under this Act: territorial application

(1) An offence is committed under section 1, 2 or 6 in England and Wales, Scotland or Northern Ireland if any act or omission which forms part of the offence takes place in that part of the United Kingdom.

(2) Subsection (3) applies if—

(a) no act or omission which forms part of an offence under section 1, 2 or 6 takes place in the United Kingdom,

(b) a person's acts or omissions done or made outside the United Kingdom would form part of such an offence if done or made in the United Kingdom, and

(c) that person has a close connection with the United Kingdom.

(3) In such a case—

(a) the acts or omissions form part of the offence referred to in subsection (2)(a), and

(b) proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom.

(4) For the purposes of subsection (2)(c) a person has a close connection with the United Kingdom if, and only if, the person was one of the following at the time the acts or omissions concerned were done or made—

(a) a British citizen,

(b) a British overseas territories citizen,

(c) a British National (Overseas),

(d) a British Overseas citizen,

(e) a person who under the British Nationality Act 1981 was a British subject,

(f) a British protected person within the meaning of that Act,

(g) an individual ordinarily resident in the United Kingdom,

(h) a body incorporated under the law of any part of the United Kingdom,

(i) a Scottish partnership.

(5) An offence is committed under section 7 irrespective of whether the acts or omissions which form part of the offence take place in the United Kingdom or elsewhere.

(6) Where no act or omission which forms part of an offence under section 7 takes place in the United Kingdom, proceedings for the offence may be taken at any place in the United Kingdom.

(7) Subsection (8) applies if, by virtue of this section, proceedings for an offence are to be taken in Scotland against a person.

(8) Such proceedings may be taken—

(a) in any sheriff court district in which the person is apprehended or in custody, or

(b) in such sheriff court district as the Lord Advocate may determine.

(9) In subsection (8) "sheriff court district" is to be read in accordance with section 307(1) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.

13 Defence for certain bribery offences etc.

(1) It is a defence for a person charged with a relevant bribery offence to prove that the person's conduct was necessary for—

(a) the proper exercise of any function of an intelligence service, or

(b) the proper exercise of any function of the armed forces when engaged on active service.

(2) The head of each intelligence service must ensure that the service has in place arrangements designed to ensure that any conduct of a member of the service which would otherwise be a relevant bribery offence is necessary for a purpose falling within subsection (1)(a).

(3) The Defence Council must ensure that the armed forces have in place arrangements designed to ensure that any conduct of—

(a) a member of the armed forces who is engaged on active service, or

(b) a civilian subject to service discipline when working in support of any person falling within paragraph (a),

which would otherwise be a relevant bribery offence is necessary for a purpose falling within subsection (1)(b).

(4) The arrangements which are in place by virtue of subsection (2) or (3) must be arrangements which the Secretary of State considers to be satisfactory.

(5) For the purposes of this section, the circumstances in which a person's conduct is necessary for a purpose falling within subsection (1)(a) or (b) are to be treated as including any circumstances in which the person's conduct—

(a) would otherwise be an offence under section 2, and

(b) involves conduct by another person which, but for subsection (1)(a) or (b), would be an offence under section 1.

(6) In this section—

"active service" means service in—

(a) an action or operation against an enemy,

(b) an operation outside the British Islands for the protection of life or property, or

(c) the military occupation of a foreign country or territory, "armed forces" means Her Majesty's forces (within the meaning of the

Armed Forces Act 2006),

"civilian subject to service discipline" and "enemy" have the same meaning as in the Act of 2006,

"GCHQ" has the meaning given by section 3(3) of the Intelligence Services Act 1994,

"head" means—

(a) in relation to the Security Service, the Director General of the Security Service,

(b) in relation to the Secret Intelligence Service, the Chief of the Secret Intelligence Service, and

(c) in relation to GCHQ, the Director of GCHQ,

"intelligence service" means the Security Service, the Secret Intelligence Service or GCHQ,

"relevant bribery offence" means—

(a) an offence under section 1 which would not also be an offence under section 6,

(b) an offence under section 2,

(c) an offence committed by aiding, abetting, counselling or procuring the commission of an offence falling within paragraph (a) or (b),

(d) an offence of attempting or conspiring to commit, or of inciting the commission of, an offence falling within paragraph (a) or (b), or

(e) an offence under Part 2 of the Serious Crime Act 2007 (encouraging or assisting crime) in relation to an offence falling within paragraph (a) or (b).

14 Offences under sections 1, 2 and 6 by bodies corporate etc.

(7) This section applies if an offence under section 1, 2 or 6 is committed by a body corporate or a Scottish partnership.

(8) If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of—

(d) a senior officer of the body corporate or Scottish partnership, or

(e) a person purporting to act in such a capacity,

the senior officer or person (as well as the body corporate or partnership) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

(9) But subsection (2) does not apply, in the case of an offence which is committed under section 1, 2 or 6 by virtue of section 12(2) to (4), to a senior officer or person purporting to act in such a capacity unless the senior officer or person has a close connection with the United Kingdom (within the meaning given by section 12(4)).

(10)In this section—

"director", in relation to a body corporate whose affairs are managed by its members, means a member of the body corporate,

"senior officer" means—

(a) in relation to a body corporate, a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, and

(b) in relation to a Scottish partnership, a partner in the partnership.

15 Offences under section 7 by partnerships

(1) Proceedings for an offence under section 7 alleged to have been committed by a partnership must be brought in the name of the partnership (and not in that of any of the partners).

(2) For the purposes of such proceedings—

(a) rules of court relating to the service of documents have effect as if the partnership were a body corporate, and

(b) the following provisions apply as they apply in relation to a body corporate—

(i) section 33 of the Criminal Justice Act 1925 and Schedule 3 to the Magistrates' Courts Act 1980,

(ii) section 18 of the Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1945 (c. 15 (N.I.)) and Schedule 4 to the Magistrates' Courts (Northern Ireland) Order 1981 (S.I. 1981/1675 (N.I.26)),

(iii)section 70 of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995.

(3) A fine imposed on the partnership on its conviction for an offence under section 7 is to be paid out of the partnership assets.

(4) In this section "partnership" has the same meaning as in section 7.

Supplementary and final provisions

16 Application to Crown

This Act applies to individuals in the public service of the Crown as it applies to other individuals.

17 Consequential provision

(1) The following common law offences are abolished—

(a) the offences under the law of England and Wales and Northern Ireland of bribery and embracery,

(b) the offences under the law of Scotland of bribery and accepting a bribe.

(2) Schedule 1 (which contains consequential amendments) has effect.

(3) Schedule 2 (which contains repeals and revocations) has effect.

(4) The relevant national authority may by order make such supplementary, incidental or consequential provision as the relevant national authority considers appropriate for the purposes of this Act or in consequence of this Act.

(5) The power to make an order under this section—

(a) is exercisable by statutory instrument,

(b) includes power to make transitional, transitory or saving provision,

(c) may, in particular, be exercised by amending, repealing, revoking or otherwise modifying any provision made by or under an enactment (including any Act passed in the same Session as this Act).

(6) Subject to subsection (7), a statutory instrument containing an order of the Secretary of State under this section may not be made unless a draft of the instrument has been laid before, and approved by a resolution of, each House of Parliament.

(7) A statutory instrument containing an order of the Secretary of State under this section which does not amend or repeal a provision of a public general Act or of devolved legislation is subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(8) Subject to subsection (9), a statutory instrument containing an order of the Scottish Ministers under this section may not be made unless a draft of the instrument has been laid before, and approved by a resolution of, the Scottish Parliament.

(9) A statutory instrument containing an order of the Scottish Ministers under this section which does not amend or repeal a provision of an Act of the Scottish Parliament or of a public general Act is subject to annulment in pursuance of a resolution of the Scottish Parliament.

(10)In this section—

"devolved legislation" means an Act of the Scottish Parliament, a Measure of the National Assembly for Wales or an Act of the Northern Ireland Assembly,

"enactment" includes an Act of the Scottish Parliament and Northern Ireland legislation,

"relevant national authority" means—

(a) in the case of provision which would be within the legislative competence of the Scottish Parliament if it were contained in an Act of that Parliament, the Scottish Ministers, and

(b) in any other case, the Secretary of State.

18 Extent

(1) Subject as follows, this Act extends to England and Wales, Scotland and Northern Ireland.

(2) Subject to subsections (3) to (5), any amendment, repeal or revocation made by Schedule 1 or 2 has the same extent as the provision amended, repealed or revoked.

(3) The amendment of, and repeals in, the Armed Forces Act 2006 do not extend to the Channel Islands.

(4) The amendments of the International Criminal Court Act 2001 extend to England and Wales and Northern Ireland only.

(5) Subsection (2) does not apply to the repeal in the Civil Aviation Act 1982.

19 Commencement and transitional provision etc.

(1) Subject to subsection (2), this Act comes into force on such day as the Secretary of State may by order made by statutory instrument appoint.

(2) Sections 16, 17(4) to (10) and 18, this section (other than subsections (5) to (7)) and section 20 come into force on the day on which this Act is passed.

(3) An order under subsection (1) may—

(a) appoint different days for different purposes,

(b) make such transitional, transitory or saving provision as the Secretary of State considers appropriate in connection with the coming into force of any provision of this Act.

(4) The Secretary of State must consult the Scottish Ministers before making an order under this section in connection with any provision of this Act which would be within the legislative competence of the Scottish Parliament if it were contained in an Act of that Parliament.

(5) This Act does not affect any liability, investigation, legal proceeding or penalty for or in respect of—

(a) a common law offence mentioned in subsection (1) of section 17 which is committed wholly or partly before the coming into force of that subsection in relation to such an offence, or

(b) an offence under the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889 or the Prevention of Corruption Act 1906 committed wholly or partly before the coming into force of the repeal of the Act by Schedule 2 to this Act.

(6) For the purposes of subsection (5) an offence is partly committed before a particular time if any act or omission which forms part of the offence takes place before that time.

(7) Subsections (5) and (6) are without prejudice to section 16 of the Interpretation Act 1978 (general savings on repeal).

20 Short title

This Act may be cited as the Bribery Act 2010.

SCHEDULES

SCHEDULE 1 Section 17(2)

CONSEQUENTIAL AMENDMENTS

Ministry of Defence Police Act 1987 (c. 4)

1 In section 2(3)(ba) of the Ministry of Defence Police Act 1987 (jurisdiction of members of Ministry of Defence Police Force) for "Prevention of Corruption Acts 1889 to 1916" substitute "Bribery Act 2010".

Criminal Justice Act 1987 (c. 38)

2 In section 2A of the Criminal Justice Act 1987 (Director of SFO's pre- investigation powers in relation to bribery and corruption: foreign officers etc.) for subsections (5) and (6) substitute—

"(5) This section applies to any conduct—

(a) which, as a result of section 3(6) of the Bribery Act 2010, constitutes an offence under section 1 or 2 of that Act under the law of England and Wales or Northern Ireland, or

(b) which constitutes an offence under section 6 of that Act under the law of England and Wales or Northern Ireland."

International Criminal Court Act 2001 (c. 17)

3 The International Criminal Court Act 2001 is amended as follows.

4 In section 54(3) (offences in relation to the ICC: England and Wales)—

(a) in paragraph (b) for "or" substitute ", an offence under the Bribery Act 2010 or (as the case may be) an offence", and

(b) in paragraph (c) after "common law" insert "or (as the case may be) under the Bribery Act 2010".

5 In section 61(3)(b) (offences in relation to the ICC: Northern Ireland) after "common law" insert "or (as the case may be) under the Bribery Act 2010".

International Criminal Court (Scotland) Act 2001 (asp 13)

6 In section 4(2) of the International Criminal Court (Scotland) Act 2001 (offences in relation to the ICC)—

(a) in paragraph (b) after "common law" insert "or (as the case may be) under the Bribery Act 2010", and

(b) in paragraph (c) for "section 1 of the Prevention of Corruption Act 1906 (c.34) or at common law" substitute "the Bribery Act 2010".

Serious Organised Crime and Police Act 2005 (c. 15)

7 The Serious Organised Crime and Police Act 2005 is amended as follows.

8 In section 61(1) (offences in respect of which investigatory powers apply) for paragraph (h) substitute—

"(h) any offence under the Bribery Act 2010."

9 In section 76(3) (financial reporting orders: making) for paragraphs (d) to (f) substitute—

"(da) an offence under any of the following provisions of the Bribery Act 2010—

section 1 (offences of bribing another person),

section 2 (offences relating to being bribed),

section 6 (bribery of foreign public officials),".

10 In section 77(3) (financial reporting orders: making in Scotland) after paragraph (b) insert—

"(c) an offence under section 1, 2 or 6 of the Bribery Act 2010."

Armed Forces Act 2006 (c. 52)

11 In Schedule 2 to the Armed Forces Act 2006 (which lists serious offences the possible commission of which, if suspected, must be referred to a service police force), in paragraph 12, at the end insert—

"(aw) an offence under section 1, 2 or 6 of the Bribery Act 2010."

Serious Crime Act 2007 (c. 27)

12 The Serious Crime Act 2007 is amended as follows.

13 (1) Section 53 of that Act (certain extra-territorial offences to be prosecuted only by, or with the consent of, the Attorney General or the Advocate General for Northern Ireland) is amended as follows.

(2) The existing words in that section become the first subsection of the section.

(3) After that subsection insert—

"(2) Subsection (1) does not apply to an offence under this Part to which section 10 of the Bribery Act 2010 applies by virtue of section 54(1) and (2) below (encouraging or assisting bribery)."

14 (1) Schedule 1 to that Act (list of serious offences) is amended as follows.

(2) For paragraph 9 and the heading before it (corruption and bribery: England and Wales) substitute—

"Bribery

9 An offence under any of the following provisions of the Bribery Act 2010—

(a) section 1 (offences of bribing another person);

(b) section 2 (offences relating to being bribed);

(c) section 6 (bribery of foreign public officials)."

(3) For paragraph 25 and the heading before it (corruption and bribery: Northern Ireland) substitute—

"Bribery

25 An offence under any of the following provisions of the Bribery Act 2010—

(a) section 1 (offences of bribing another person);

(b) section 2 (offences relating to being bribed);

(c) section 6 (bribery of foreign public officials)."

SCHEDULE 2 Section 17(3)

REPEALS AND REVOCATIONS

Public Bodies Corrupt Practices Act 1889 (c. 69)	The whole Act.
Prevention of Corruption Act 1906 (c. 34)	The whole Act.
Prevention of Corruption Act 1916 (c. 64)	The whole Act.
Criminal Justice Act (Northern Ireland) 1945 (c. 15 (N.I.))	Section 22.
Electoral Law Act (Northern Ireland) 1962 (c. 14 (N.I.))	Section 112(3).
Increase of Fines Act (Northern Ireland) 1967 (c. 29 (N.I.))	Section 1(8)(a) and (b).
Criminal Justice (Miscellaneous Provisions) Act (Northern Ireland) 1968 (c. 28 (N.I.))	In Schedule 2, the entry in the table relating to the Prevention of Corruption Act 1906.
Local Government Act (Northern Ireland) 1972 (c. 9 (N.I.))	In Schedule 8, paragraphs 1 and 3.
Civil Aviation Act 1982 (c. 16)	Section 19(1).
Representation of the People Act 1983 (c. 2)	In section 165(1), paragraph (b) and the word "or" immediately before it.
Housing Associations Act 1985 (c. 69)	In Schedule 6, paragraph 1(2).
Criminal Justice Act 1988 (c. 33)	Section 47.
Criminal Justice (Evidence etc.) (Northern Ireland) Order 1988 (S.I. 1988/1847 (N.I.17))	Article 14.
Enterprise and New Towns (Scotland) Act 1990 (c. 35)	In Schedule 1, paragraph 2.
Scotland Act 1998 (c. 46)	Section 43.
Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (c. 24)	Sections 108 to 110.
Criminal Justice (Scotland) Act 2003 (asp 7)	Sections 68 and 69.
Government of Wales Act 2006 (c. 32)	Section 44.
Armed Forces Act 2006 (c. 52) Local Government and Public	In Schedule 2, paragraph 12(l) and (m).
Involvement in Health Act 2007 (c. 28)	Section 217(1)(a). Section 244(4). In Schedule 14, paragraph 1.
Housing and Regeneration Act 2008 (c. 17)	In Schedule 1, paragraph 16.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: "Tráfico de influencias en Perú", en ABANTO VÁSQUEZ y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS: *El delito de tráfico de influencias*, Lima, Instituto Pacífico, 2019.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima, Palestra, 1ª edición, 2001; 2ª edición, 2003.

ABASTOS HURTADO, Manuel G.: *Derecho Penal. II Curso [apuntes de clases]*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, s/f.

ABEL SOUTO, Miguel: "Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", en MATTALÍN EVANGELIO, Angela (directora): Compliance *y prevención del delito de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ABOSO, Gustavo Eduardo: "Los delitos de tráfico pasivo y activo de influencias: aspectos esenciales de su configuración", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública I, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-1.

ABOSO, Gustavo Eduardo: *Código Penal de la República Argentina*, 5ª edición, BdeF, 2018.

ABRALDES, Sandro: "Atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - I, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-1.

ACKERMANN, Jürg-Beat y HEINE, Günter (Hrsg.): *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz. Hand - und Studienbuch*, Bern, Stämpfli Verlag, 2013.

ALESSIO PALUMBO, Pietro: *Anticorruzione, trasparenza, acceso civico e Whistleblowing*, Matelica, Halley, 2018.

Alonso Pérez, Francisco: *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Madrid, Dykinson, 2000.

Alonso, Juan Antonio y Mulas Granados, Carlos: *Corrupción, cohesión social y desarrollo*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Álvarez Dávila, Francisco: "Un injusto típico en el delito de negociación incompatible: una visión a los aspectos problemáticos del tipo penal y su relación con otras formas de corrupción", en García Cavero, Percy y Vílchez Chinchayán, Ronald (directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Ius Puniendi - Ideas, 2020.

Álvarez, Silvina: "Reflexiones sobre la calificación moral del soborno", en Arroyo, P. Andrés; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Álvarez Viscaya, Maité: *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato,* Barcelona, Bosch, 1993.

Ambos, Kai: *La parte general del Derecho Penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2005.

Ángeles Gonzales, Fernando y Frisancho Aparicio, Manuel: *Código Penal VII (Delitos contra la Administración Pública)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1997.

Antolisei, Francisco: *Manuale de Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1954.

Arboleda Vallejo, Mario y Ruiz Salazar, José Armando: *Código Penal Comentado*, Bogotá, Leyer, 2004.

Ardenghi, Cristina Amalia: "Corruzione per l'esecizio della funcione", en Canestrari, Cornacchia y De Simone: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Bologna, Il Mulino, 2015.

Ariel Todarello, Guillermo: *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Arisméndiz Amaya, Eliu: *Manual de delitos contra la Administración Pública*, Lima, Instituto Pacífico, 2018.

ARRIBAS LÓPEZ, Eugenio: "Prisión y corruptos", en ROCA AGAPITO, Luis (director): *Un sistema de sanciones penales para el siglo XX*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.: Jiménez Sánchez, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

ARZT, Gunther; WEBER, Ulrich; HEINRICH, Bernd y HILGENDORF, Eric: *Strafrecht Besonderer Teil*. Lehrbuch, 3 Auflage, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2015.

ASÚA BATARRITA, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

AUGER, Clemente: "La justicia ente el fenómeno de la corrupción", ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos y ROBLES BRICEÑO, Mery Elizabeth: *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005.

AVILÉS, Manuel (coordinador): *El enriquecimiento ilícito*, San Vicente, España, ECU, 2011.

BACA CABRERA; ROJAS VARGAS y NEIRA HUAMÁN: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Lima, Gaceta Jurídica, 1999.

BACACORZO, Gustavo: *Diccionario de la Administración Pública*, Tomo I, Lima, Grijley, 1997.

BACIGALUPO SAGESSE, Silvina: "Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos trasnacionales", en CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar y GARROCHO SALCEDO, Ana (coordinadores): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

BACIGALUPO, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO, Enrique: *Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, Akal-Iure, 1991.

BÁRCENAS ESPITIA, Edgar: *El delito de enriquecimiento ilícito de particulares*, Tunja, Colombia, Librería Ethos, 1998.

BASADRE, Jorge: *Sultanismo, corrupción y dependencia en el Perú republicano*, Lima, Editorial Milla Batres, 1979.

BAYLEY, F. Lee: *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*, México, Limusa, 1997.

BELLAGAMBA, Filippo: *La corruzione in atti giudiziari nella storia generale del reato*, Torino, Giappichelli Editore, 2017.

BENITO SÁNCHEZ Delmesa: "La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*", en CASTRO MORENO, Abraham y OTERO GONZÁLEZ, Pilar (directores): *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016.

BENUSSI, Carlo: *I delitti contro la pubblica aministrazione*, Tomo I (I delitti dei pubblici ufficiali), en MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio: *Tratatto di Diritto Penale. Parte speciale*, Padova, Cedam, 2001.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y CERINA, Giorgio: "¿Un delito de corrupción privada? Obligaciones internacionales y soluciones adoptadas en el Derecho comparado", en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo; ONTIVEROS ALONSO, Miguel y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coordinadores): *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, México, Ubijus-Inacipe-Universidad de Salamanca, 2012.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (directores). *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

BERNAL PINZÓN, Jesús: *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Temis, 1965.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: *La Constitución de 1993: análisis comparado*, 4ª edición, Lima, Rao, 1998.

BEZERRA DE MENESES, Paula: *Novos rumbos da prova pericial*, Río de Janeiro, Viveiros de Castro Editora, 2014.

BLANCO VALDÉS, Roberto y VÁSQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dirección): *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción*

pública: propuesta desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Bolea Bardon, Carolina: "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por L.O 1/2015 de 30 de marzo", en Gómez Martín, Víctor; Montiel, Juan Pablo y Satzger, Helmuth (eds.): *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Bonfils, Philippe; Mucchielli, Laurent y Roux, Adrien: *Comprendre et lutter contre la corruption*, Marseille, Presses Universitaires, 2015.

Bonilla, Heraclio: *Guano y burguesía en el Perú. Contrastes y paralelos en el marco de la región andina*, 4ª edición aumentada, Lima, IEP, 2020.

Bramont-Arias Torres, Luis A.: "La gestión de intereses y su relación con el delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 127, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2004.

Brigant, Jean-Marie (sous la direction de): *Le risque de corruption*, París, Éditions Dalloz, 2018.

Brioschi, Carlos Alberto: *Breve historia de la corrupción, de la antigüedad a nuestros días* (traducción de Juan Ramón Azaola), Madrid, Taurus, 2019.

Bruzzone, Gustavo y Gullco, Hernán (coordinadores): *Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Buompadre, Jorge Eduardo: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial* 3, Buenos Aires, Astrea, 2009.

Buompadre, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires, Mave Editor, 2001.

Bustamante Requena, José: "Sobre la decisión absolutoria de la Corte Suprema, en la invocación de influencias simuladas por parte del abogado: a propósito de la Casación N° 374-2015-Lima", en *Gaceta Penal*, Tomo 78, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2015.

Bustos Ramírez, Juan: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991.

Caballero Martin, Víctor: *Conflictos sociales por corrupción en los gobiernos locales: las disputas por el poder local en escena*, Lima, Proética, 2009.

CÁCERES, Carlos F.: "Corrupción y política", en GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, 1998.

CALAMANDREI, Piero: *Demasiados abogados* (traducción de J. R. Xirau), Madrid, Editorial Reus, 2007.

CALAMANDREI, Piero: *Elogio de los jueces escrito por un abogado* (traducción de Santiago Sentís e Isaac Medina), Madrid, Editorial Góngora, 2012.

CALSAMIGLIA, Albert: *Cuestiones de lealtad, límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

CAMAÑO ROSA, Antonio: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal uruguayo", en *Jurisprudencia Argentina,* 1963-VI, nov.-dic., Buenos Aires, 1963.

CAMARGO, Pedro Pablo: *El delito de enriquecimiento ilícito*, 2ª edición, Bogotá, Editorial Leyer, 1996.

CAMARGO, Pedro Pablo: *El delito de enriquecimiento ilícito*, 7ª edición, Bogotá, Editorial Leyer, 2007.

CANCHO ALARCÓN, Rafael Elmer: "El delito de tráfico de influencias en la legislación peruana: discusiones político-criminales y dogmáticas", en CANCHO ALARCÓN, Rafael (coordinador), *Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

CANCINO y TOSCANO: *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1986.

CANESTRARI, CORNACCHIA y DE SIMONE: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Bologna: Il Mulino, 2015.

CARBONELL, Miguel y VÁSQUEZ, Rodolfo: *Poder, derecho y corrupción*, México, Siglo XXI, 2003.

CÁRDENAS, Rodolfo Félix: "Enriquecimiento ilícito y principio de legalidad. El criterio del tribunal pleno", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-2.

CARMIGNANI, Giovanni: *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979.

Carmona Salgado, Concepción: *Compendio de Derecho Penal español Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Carnelutti, Francesco: *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1993.

Caro Coria, Dino Carlos: "*Compliance* y corrupción", en Rojas Vargas, Fidel y Prado Soriano, José Eduardo: Compliance *aplicado al Derecho Penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ius Puniendi - Ideas, Lima, 2019.

Caro Coria, Dino Carlos: "El delito de enriquecimiento ilícito", en San Martín Castro, Caro Coria y Reaño Peschiera: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima, Jurista Editores, 2002.

Caro Coria, Dino Carlos: *Derecho Penal del ambiente. Delitos y técnicas de tipificación*, Lima, Gráfica Horizonte, 1999.

Carrara, Francesco: *Programa de Derecho criminal*, Vol. V, Tomo 7, Bogotá, Temis, 1993.

Carrizo Gonzales-Castell, Adán: "Investigación policial y recuperación de activos procedentes de la corrupción y el crimen organizado", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Fabián Caparrós, Eduardo y Rodríguez García, Nicolás (directores): *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Castillo Alva, José Luis: "El caso Joy Way: sus connotaciones penales y tributarias", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 33, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2001.

Castillo Alva, José Luis: "El caso Kouri-Montesinos, algunas preguntas sin responder: ¿Un candidato es un funcionario público? ¿Existe la teoría del acuerdo previo?", en *Diálogo con la Jurisprudencia,* N° 26, Lima, Gaceta Jurídica, noviembre 2000.

Castillo Alva, José Luis: "El delito de corrupción de magistrados, fiscales, miembros del tribunal administrativo, árbitros y peritos", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 89, Lima, Gaceta Jurídica, abril 2001.

Castillo Alva, José Luis: *El delito de negociación incompatible*, Lima, Instituto Pacífico, 2015.

Castro Dassen, Horacio: "Enriquecimientos ilícitos", en *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Tomo 83, Buenos Aires, 1956.

CASTRO MORENO, Abraham: "El nuevo delito de corrupción en el deporte", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

CASTRO VARELA, Marta: "El *corporate compliance*: asentamiento y evolución ante la reforma del Código Penal, en VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita (Directora): *II Jornada de Investigadores del Departamento de Derecho Penal: sobre la reforma penal de 2015*, Madrid, Universidad Complutense, 2016.

CATALÁN SENDER, Jesús: *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, Editorial Bayer Hnos., 1999.

CEREZO MIR, José: "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, año XXII, enero-marzo, Madrid, 1996.

CHAFLUEN, Alejandro y GUZMÁN, Eugenio: "Estado y corrupción", en GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, 1998.

CHINCHAY CASTILLO, Alcides Mario: "La participación en el enriquecimiento ilícito: visión *de lege data* y *de lege ferenda*. Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de 2017", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 111, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2018.

CHIRINOS SOTO, Enrique: *Constitución de 1993: lectura y comentario*, 4ª edición, Lima, Antonella Chirinos Montalbetti Editora, 1997.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: *El delito de intrusismo,* Barcelona, Bosch, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *El delito de intrusismo*, Barcelona, Bosch, 1998.

CINGARI, Francesco: *Corruzione: strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013.

CLAVIJO JAVE, Camilo: "Hacia una efectiva lucha contra la corrupción desde la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ROJAS VARGAS, Fidel y PRADO SORIANO, José Eduardo: Compliance *aplicado al Derecho Penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Lima, Ius Puniendi - Ideas, 2019.

CLEMENTE, José y RÍOS, Carlos: *Cohecho y tráfico de influencias*, Córdoba, Lerner Editora, 2011.

COBO DEL ROSAL, ORTS BERENGEL *et al.*: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos: *Historia del Perú contemporáneo,* Lima, IEP, 2000.

CONTRERAS, Carlos y CUETO, Marcos: *Historia del Perú contemporáneo*, 6ª edición, Lima, IEP, 2018.

CORNEJO PORTOCARRERO, Javier: "El libre ejercicio de la abogacía como causal de justificación del delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Penal*, Vol. 19, Lima, Instituto Pacífico, enero 2016.

CORNEJO, Ángel Gustavo: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Lima, Editorial Librería Peruana.

CORRAL ESCARIZ, Vicente: "Las oficinas de recuperación de activos como instrumento de lucha contra el crimen organizado y la corrupción", en CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar y GARROCHO SALCEDO, Ana (coordinadores): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

CORTINA, Adela: "*Ética de la sociedad civil. Un antídoto contra la corrupción*", en ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M. LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

CORTINA, Adela; PECES BARBAS, Gregorio, ZARZALEJOS, José Antonio y VELASCO, Demetrio: *Corrupción y ética*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1996.

CRESPO BARQUERO, Pedro y CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo: en DEL MORAL GARCÍA, Antonio (director): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, 4ª edición, Granada, Comares, 2018.

CREUS MONTI, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Astrea, 1981.

CREUS MONTI, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo 2, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.

Creus Monti, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1990.

Cuello Calón, Eugenio: *Derecho Penal. Parte especial*, Vols. I y II, Barcelona, Bosch, 1936.

Cuerda Arnau, María Luisa: *Derecho Penal Parte especial*, libro colectivo dirigido por J. L. González Cussac, Valencia Tirant lo Blanch, 2016.

Cugat Mauri, Miriam: "Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 11-11-2015 (Caso Aurelio Pastor) desde la perspectiva del Derecho Penal español", en *Actualidad Penal*, Vol. 19, Lima, enero 2016.

Cugat Mauri, Miriam: "Elementos subjetivos del delito y límite de las *compliance* anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance*, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

Cugat Mauri, Miriam: *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Lima, Barcelona, 1997.

Cury Urzúa, Enrique: *Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Dallmeyer, Jens y Rackow, Peter: "Siebenter Abschnitt Straftaten gegen die öffentliche Orddnung", en Heintschel-Heinegg, Bernd: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 3. Auflage, München, C.H. Beck, 2018.

Dannecker, Gerhard y Leitner, Roman (Hrsg): *Schmiergelder*, Berlín, Linde Verlag, 2002.

Dargent, Eduardo: "Juzgando a los señores. Reflexiones sobre los procesos anticorrupción en el Perú", en Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Davigo, Piercamillo: *Il sistema della corruzione,* Roma, Editori GLF Laterza, 2017.

Dayenoff, David E: *Código Penal comentado. Jurisprudencia, concordancias, esquema de defensa*, 4ª edición, Buenos Aires, A-Z editora, 1993.

De Benito Langa, Julia: "Convenio penal sobre corrupción - protocolo adicional", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis y Blanco Cordero, Isidoro: "La criminalización de la corrupción en el sector privado ¿asignatura pendiente del Derecho Penal español?, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2003.

De la Fuente, Javier Esteban: "El delito de enriquecimiento ilícito. La discusión sobre su inconstitucionalidad", en *Revista de Derecho Penal - Delitos contra la Administración Pública - I*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-1.

De la Mata Barranco, Norberto: *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, Comares, 2004.

De Luca, Javier Augusto y López Casariego, Julio: "Enriquecimiento patrimonial de funcionarios, su no justificación y problemas constitucionales", en Revista de Derecho Penal - Delitos contra la Administración Pública - II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-2.

De Pablo Serrano, Alejandro: "La conexión causal en el delito de cohecho pasivo impropio, el caso de los cursos de Garzón en la Universidad de Nueva York", en Puente Aba, Luz María y Souto García, Eva María (coord.): *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Comares, 2016.

De Souza Nucci, Guilherme: *Corrupção e anticorrupção*, Río de Janeiro, Gen/Editora forense, 2015.

Delahaye, Pedro: "Le trafic d'influence", en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Nº 5, París, 1946-1947.

Delgado Gil, Andrés: *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

Delgado-Guembes, César: "Transfuguismo y crisis post-electoral en el proceso de reinstitucionalización democrática", en *Derecho-PUCP*, Nº 53, Lima, 2001.

DELPINO Luigi y PEZANO, Rocco: *Manuale di Diritto Penale*, Parte speciale, XXIV Edizione, Napoli, 2017.

DELPINO, Luigi: *Diritto Penale. Parte speciale*, Napoli, Edizioni Simone, 1995.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo: *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: "El delito de cohecho", en ASÚA BATARRITA, Adela: *Delitos contra la Administración Pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio: "*Lobbies*, corrupción y tráfico de influencias", en DEMETRIO CRESPO, Eduardo y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*, Madrid, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La criminalidad de los gobernantes*, Barcelona, Crítica, 1996.

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva M.: "Aspectos controvertidos de las figuras de ejercicio de influencias sobre funcionario o autoridad", en SUÁREZ LÓPEZ, José María y varios (directores): *Estudios jurídico penales y criminológicos, en homenaje al Prof. Dr. H.C.M., Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. I, Madrid, Dykinson, 2018.

DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000.

DONNA, Edgardo Alberto: *Delitos contra la Administración Pública*, 2ª edición, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.

DOVAL PAIS, Antonio: "Corrupción política del indulto e indultos por delitos de corrupción pública", en CASTRO MORENO, Abraham; OTERO GONZÁLEZ, Pilar y GARROCHO SALCEDO, Ana (coordinadores): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

EGEA, Esteban: "Los beneficios del *lobby* para la democracia", en FORO EMPRESARIAL APRI: *El* lobby *en España ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

EIGEN, Peter: *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, Bogotá, Editorial Planeta, 2003.

Encinar del Pozo, Miguel Ángel: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2016.

Errázuri, Hernán Felipe: "Conflicto de intereses en los negocios", en Guzmán, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, 1998.

Errázuri, Hernán Felipe: "Conflicto de intereses entre quienes ejercen funciones públicas", en Guzmán, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, 1998.

Escobar Jiménez, Rafael: "De las falsedades", en Del Moral García, Antonio (director): *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II, Granada, Editorial Comares, 2018.

Escriche, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Tomo IV, Bogotá, Temis, 1977.

Espino Pérez, Julio: *Código Penal*, Lima, Gráfica Morsom, 1982.

Espinoza Ramos, Álvaro: "Razones dogmáticas que justifican y solucionan la controversia sobre la punibilidad del cómplice interesado en el delito de tráfico de influencias", en *Vox Juris,* Vol. 36, N° 2, Lima, 2018.

Fabián Caparrós, Eduardo: *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, Ratio Legis, 2000.

Fabián Caparrós, Eduardo; Ontiveros Alonso, Miguel y Rodríguez García, Nicolás: *El Derecho Penal y la política criminal frente a la corrupción*, Ubijus-Inacipe-Universidad de Salamanca, 2012.

Falcone, Giovanni: "La experiencia italiana contra la mafia organizada", en *La lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción*, seminario del 13 al 15 de noviembre de 2011, Lima, Ministerio de Justicia - PNUFID, 2001.

Faraldo Cabana, Patricia: "Hacia un delito de corrupción en el sector privado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Feijóo Sánchez, Bernardo: "Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* (José Urquizo Olaechea - director), año IV, N° 7/8, Lima.

FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y FERRER BELTRÁN, Jordi: *Seguridad jurídica, pobreza y corrupción en Iberoamérica*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta: *Corrupción en la función pública. El delito de negociaciones prohibidas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: "Transparencia y delación", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

FERRAJOLI, Luigi: "Crisis del sistema político y jurisdicción: la naturaleza de la crisis italiana y el rol de la magistratura", en *Corrupción, Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: "Instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

FERREIRA DELGADO, Francisco: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Temis, 1995.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo: *Diritto Penale. Parte speciale*, Vol. I, 2ª edición, Bologna, Zanichelli Editore, 1999.

FIERRO, Guillermo: "Resistencia y desobediencia a la autoridad", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - I, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-1.

FIFKA, Matthias y FALKE, Andreas (Hrsg.): *Korruption als Internationales Phäenomen. Ursachen, Auswirkungen und Bekämpfung eines Weltweiten Problems,* Berlín, Erich Schmidt Verlag, 2012.

FILLIEULE, Olivier y TARTAKOWSKY, Daniele: *La manifestación. Cuando la acción colectiva toma las calles*, traducción de Ariel Dalon, México, Siglo XXI Editores, 2012.

FISCHER, Thomas: *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66 Auflage, München, C.H. Beck, 2019.

FOFFANI, Luigi: "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y Derecho comparado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Fonseca Fortes Furtado, Regina Helena: "La participación a título lucrativo como instrumento de combate al enriquecimiento ilícito: la condena a un partido político en el caso Gurtel-1 Epoca", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance*, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

Fontán Balestra, Carlos: *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo VII, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

Foregger, Egmont y Bachner-Foregger, Helene: *Strafgesetzbuch STGB,* 16. Auflage, Vien, Manz, 2002.

Foro Empresarial APRI: *El* lobby *en España ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

Fragoso, Heleno Cláudio: *Lições de Direito Penal. Parte especial*, Tomo II, Río de Janeiro, Forense, 1986.

Frisancho Aparicio, Manuel y Peña-Cabrera, Raúl: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Fecat, 1999.

Frisancho Aparicio, Manuel: *Jurisprudencia penal y constitucional*, Lima, RAO Editora, 2004.

Fuentes, Julio: "Una visión de los *lobbies* desde la administración prelegisladora", en Foro Empresarial APRI: *El* lobby *en España, ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

Galán Muñoz, Alfonso: "*Compliance* penal ante la corrupción: luces y sombras", en Mattalín Evangelio, Angela (directora): Compliance *y prevención del delito de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Galán Muñoz, Alfonso: "Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la LO 1/2015", en Gómez Rivero, Carmen y Barrero Ortega, Abraham (directores): *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Galán Muñoz, Alfonso: "Globalización, corrupción internacional y Derecho Penal. Una primera aproximación a la regulación penal de dicho fenómeno criminal tras la L.O. 1/2015", en Gómez Rivero, M. del Carmen y Barrero Ortega, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: "Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* Tomo 11, Lima, Idemsa, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Idemsa, 2001.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás: *El delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001.

GANZEMÜLLER, Carlos; ESCUDERO, José Francisco y FRIGOLA, Joaquín: *Delitos contra la seguridad del tráfico*, Barcelona, Bosch, 1999.

GARCÍA ARROYO, Cristina: "Sobre el bien jurídico en el delito de cohecho pasivo impropio del artículo 422 CP", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en la lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

GARCÍA ARROYO, Cristina: *El delito de cohecho subsiguiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: "Algunas consideraciones en torno al delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Jurídica*, Tomo 88, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Ius Puniendi - Ideas, 2020.

GARCÍA CAVERO, Percy: "La corrupción, el Estado, la economía y la sociedad", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

GARCÍA CAVERO, Percy: Criminal compliance: *en especial* compliance *anticorrupción y antilavado de activos*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.

GARCÍA MEXÍA, Pablo: *Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

GARCÍA NAVARRO, Edward: "La imputación en el delito de usurpación de funciones. Análisis del artículo 361 del Código Penal», en *Actualidad Jurídica*, Tomo 142, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2005.

GARCÍA NAVARRO, Edward: "La imputación de la usurpación de funciones: delitos contra la Administración Pública cometidos por particulares", en *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Ara, 2005.

García Navarro, Edward: "Las estructuras de imputación penal del abuso de funciones", en Cancho Alarcón, Rafael (coordinador): *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

García Navarro, Edward: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Lima, Iustitia, 2020.

Garzón Valdés, Ernesto: "Acerca del delito de corrupción", en Arroyo, P. Andrés; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Gasparini Giulia e Ippolito, Carmine: *Consulenti tecnici e periti. Il consulente técnico d'ufficio e di parte e il perito nel giudizio civile e nel giudizio penale*, Napoli, Edizione Giuridice Simone, 2002.

Gil Villa, Fernando: *La cultura de la corrupción*, Madrid, Maia Ediciones, 2008.

Gilbert, Dennis L.: *Historia de tres familias*, Lima, Editorial Horizonte, 1982.

Gili Pascual, Antoni: "La introducción del delito de corrupción privada en el Código Penal español. Génesis y claves del modelo inicial", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Gimbernat Ordeig, Enrique: "Del cohecho impropio", en *El Derecho Penal en el mundo,* Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2018.

Gimbernat Ordeig, Enrique: "El endiablado cohecho impropio", en *El Derecho Penal en el mundo,* Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2018.

Goessel, Karl Heinz: *El defensor en el proceso penal*, traducción de R. Domínguez, revisado por Wolfgang Schöne, Bogotá, Temis, 1989.

Gómez Berruezo, Íñigo (coordinador): Compliance & *anticorrupción. Visión práctica de la normativa internacional*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2020.

Gomez Castilho, Diego: "*Whistleblowing.* Una política eficaz en la recuperación de activos", Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio; Fabián

Caparrós, Eduardo y Rodríguez García, Nicolás (directores): *Recuperación de activos y decomiso. Reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Gómez Martín, Víctor: "La corrupción en el sector médico; texto, contexto y nuevas tipologías delictivas", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Gómez Mendoza, Gonzalo: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Tomo II, Lima, Idemsa, 1996.

Gómez Patiño, Dilia Paola: "Corrupción privada en Colombia: panorama normativo", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Gómez Pavón, Pilar: "De nuevo sobre el delito de tráfico de influencias. Una aproximación a su regulación en los Códigos Penales peruano y español desde el significado del principio de legalidad", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance*, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

Gómez Rivero, M. del Carmen y Barrero Ortega, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Gómez Rivero, M. del Carmen: "Derecho Penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido", en Gómez Rivero, M. del Carmen y Barrero Ortega, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Gómez-Jara Díez, Carlos: "Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

González Romanillos, José Antonio: *La corrupción política en la época de Julio César. Un estudio sobre la Lex Iulia de Repetundis*, Granada, Editorial Comares, 2009.

González-Ruiz, Samuel; Buscaglia, Edgardo; García González, José Cruz y Prieto Palma, César: "Ligas entre corrupción y delincuencia organizada", en *La lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción*, seminario del 13 al 15 de noviembre de 2011, Lima, Ministerio de Justicia - PNUFID, 2001.

GRACIA SAN MARTÍN, Jerónimo: *Doctrina penal actualizada,* 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

GUILLERMO, Jorge: "La experiencia del Perú: el caso Fujimori-Montesinos", en GUILLERMO, Jorge: *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

GUILLERMO, Jorge: "Medidas para prevenir y detectar transferencias del producto de la corrupción pública", en GUILLERMO, Jorge: *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

GUILLERMO, Jorge: *Recuperación de activos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

GUTIÉRREZ-RUBÍ, Antoni: "Movilización en entornos digitales. El *lobby* y *advocacy* a través de las TIC y la red", en FORO EMPRESARIAL APRI: *El* lobby *en España, ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, Fundación Libertad y Desarrollo, 1998.

GUZMÁN, Eugenio y LÓPEZ, Rodrigo: "Análisis económico de la corrupción en el Perú", en GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, Fundación Libertad y Desarrollo, 1998.

HABERMAS JURGEN: "Ética discursiva", en GÓMEZ, Carlos (editor): *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

HANCCO LLOCLLE, Ronal: "El delito de violencia y resistencia contra un policía", en *Actualidad Penal*, Vol. 26, Lima, Instituto Pacífico, mayo 2016.

HASSEMER, Winfried: "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", en *Corrupción, Pena y Estado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.

HEINDENHEIMER, Arnold y JOHNSTON, Michael (editores): *Political Corruption. Concepts & Contexts*, 3ª edición, Nueva York, 2017.

HEINE, Günter y WEIBER, Bettina: in SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, München, C.H. Beck, 2020.

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto M.: "Delitos contra el orden público", en BENEYTEZ MERINO, Luis; BURKHAKLTER THIÉBAUT, Joaquín;

Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido *et al.*: *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Trivium, 1997.

Holmes, Leslie: *Corruption. A very short introduction*, Oxford, Oxford University, 2015.

Huber, Ludwig: *Romper la mano. Una interpretación cultural de la corrupción*, Lima, Proética-IEP, 2008.

Huerta Acuña, Teófilo Martín: "Breve estudio del enriquecimiento ilícito", en *XVII Congreso Latinoamericano IX Iberoamericano I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Lima, Ara, 2006.

Hugo Álvarez, Jorge B.: "El delito de enriquecimiento ilícito en la reforma penal", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 76, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2005.

Hugo Álvarez, Jorge B.: *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública,* Lima, Gaceta Jurídica, 2000.

Hugo Álvarez, Jorge: "El delito de violencia y resistencia a la autoridad", en *Actualidad Penal*, Vol. 23, Lima, Instituto Pacífico, mayo 2016.

Hula, Kewin: *Cabildeo/Lobbying*, traducción de Edgar Antonio Ruiz González, México, Editorial Limusa, 2002.

Hurtado Pozo, José: "Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2006.

Hurtado Pozo, José: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Lima, EDDILI, 1987.

Ibáñez Sorribes, Bartolomé: "Controles de legalidad a la actuación administrativa: motivos de ineficiencia", Queralt, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

Ibáñez, Perfecto: "La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho, Arroyo, P. Andrés; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Inchausti, Miguel A.: *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

INCHAUSTI, Miguel A.: *Enriquecimiento ilícito de funcionarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

IZARNÓTEGUI PINASCO, Alfonso: "Análisis del delito de enriquecimiento ilícito", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 124, Lima, Gaceta Jurídica, enero 2009.

JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997.

JAREÑO LEAL, Ángeles: *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, Iustel, 2011.

JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 2 vols. Barcelona, Bosch, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Comares, 1993.

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel: "La corrupción en la democracia", ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

JUANES PECES, Ángel (coordinador): *Código Penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, 4ª edición, Madrid, Lefebvre El Derecho, 2017.

KAHHAT, Farid: "El tema de la corrupción en la literatura en ciencia política", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

KINDHÄUSER, Urs y HILGENDORF, Eric: *Strafgesetzbuch. Lehr und Praxiskommentar*, 8 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2020.

KINDHÄUSER, Urs: "Presupuestos de la corrupción punitiva en el Estado, la economía y la sociedad", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (director): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Jurista Editores, 2009.

KLITGAARD, Robert: *Controlando la corrupción,* traducción de Ana y Rebeca Prada, La Paz, Servicio Grafico Quipu, 1990.

KUHLEN, KUDLICH, GÓMEZ MARTÍN, ORTIZ DE URBINA (Hrsg): *Korruption und Strafrecht*, Heidelberg, C.F Müller, 2018.

La Rosa Gómez de la Torre, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Lima, Grijley, 1999.

Lackner, Karl y Kühl, Kristian: *Stragegesetzbuch Kommentar*, Auflage 29, München, 2018.

Laje Anaya, Justo: *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Vol. III, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1981.

Lamo de Espinoza, Emilio: "Corrupción política y ética económica", Arroyo, P. Andrés; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Laporta, Francisco J.: "La corrupción política: introducción general", en Arroyo, P. Andrés.; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Larios Paterna, M.: "El grupo mixto y el transfuguismo político. Un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 44/1995, del 13 de febrero", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 46, Madrid, 1996.

Laufer, Daniel: *Corrupcao. Uma perspectiva entre as diversas áreas de Direito*, Curitiba, Juruá Editora, 2013.

Leal-Henriques, Manuel y Simas Santos, Manuel: *Código Penal anotado*, 3ª edición, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000.

Legape, Agathe y Matsopoulou, Haritini: *Droit Pénal spécial*, París, Themis droit, 2015.

León Tomasio, Marco: "Cuestiones problemáticas y análisis jurisprudencial del delito de enriquecimento ilícito: Cas. Número 782-2015-Del Santa", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 92, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2017.

Levene, Ricardo (h): "El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos", en *La Ley*, Tomo 112, Buenos Aires, octubre-diciembre 1963.

LEVENE, Ricardo: "El delito de enriquecimiento ilícito", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

LEVENE, Ricardo: "El delito de enriquecimiento ilícito", en *La Ley*, Tomo 112, Buenos Aires, octubre-diciembre 1963.

LOBANA VILLALBA, Jaime: *Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2014.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (director): *Código Penal con jurisprudencia*, 6ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Código Penal: doctrina y jurisprudencia*, Tomo III, Madrid, Trivium, 1997.

LÓPEZ CALERA, Nicolás: "Corrupción, ética y democracia", en ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

LÓPEZ PRESA, José Octavio (coordinador): *Corrupción y cambio,* México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

LÓPEZ ROMANÍ, Javier Eduardo: "El delito de tráfico de influencias en el Perú", en GARCÍA CAVERO, Percy y VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald (directores): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Ius Puniendi - Ideas, 2020.

LORENTE VELASCO, Susana: *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Madrid, Dykinson, 2010.

Losappio, Giuseppe: "Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio", en CANESTRARI, CORNACCHIA y DE SIMONE: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Bologna, Il Mulino, 2015.

LOUGHMAN, Brian y SIBERY, Richard: *Bribery and Corruption: Navigating the Global Risks*, Hoboken-New Jersey, Wiley, 2011.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal. Parte especial*, Vol. III, Bogotá, Temis, 1955.

MAIZA, María Cecilia: *Delitos contra la Administración Pública*, en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-2.

MALABAT, Jean y DANTI-JUAN, Michel: *Droit Penal spécial*, 7ª edición, París, Édition Cujas, 2017.

MALEM SEÑA, Jorge: "El fenómeno de la corrupción", ARROYO, P. Andrés; AUGER, C.; CORTINA, A.; GARZÓN, E.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F.; JIMÉNEZ DE PARGA, M.; LAMO DE ESPINOZA, E.; LÓPEZ CALERA, N.; MALEM, J.; PRADERA, J.; SÁNCHEZ MORÓN, M.; LAPORTA, F. y ÁLVAREZ, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

MALEM SEÑA, Jorge: *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

MANFRONI, Carlos: *La Convención Interamericana Contra la Corrupción,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

MANSO PORTO, Teresa: "Breves notas críticas sobre el delito de tráfico de influencias a propósito del caso Noos", en PUENTE ABA, Luz María y SOUTO GARCÍA, Eva María: *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas actuales,* Granada, Editorial Comares, 2016.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho Penal*, Tomos 8 y 9, Vols. III y IV (Delitos contra la Administración Pública), Buenos Aires, Ediar, 1961.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl: "Cohecho pasivo propio: análisis del art. 393 del CP", en MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (directora): *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

MATSOPOULOU, Haritini: "La prescription pénale en matiere de corruption: une répression allongée", en BRIGANT, Jean-Marie (sous la direction de): *Le risque de corruption*, París, Éditions Dalloz, 2018.

MAYAUD, Yves y GAYET, Carole: *Code pénal annoté*, 115 édition, París, 2018, Dalloz.

MEDINA, Darío Martín: "El derecho de resistencia", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - I, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-1.

MELLADO RUIZ, Lorenzo: "Contratación pública y corrupción: a la búsqueda de la regeneración democrática", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia: "Algunas consideraciones sobre la criminalización en España de las formas de corrupción en el sector sanitario y farmacéutico", en MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (directora): Compliance *y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

MENDOZA CALDERÓN, Silvia: "La corrupción en el sector farmacéutico. Análisis de su incidencia en el Derecho Penal español", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MENDOZA TROCONIS, José Rafael: *Curso de Derecho Penal venezolano: compendio de parte especial*, Caracas, El Cojo, 1967.

MERLE, Roger y VITU, André: *Traité de Droit criminel. Droit Pénal spécial*, París, Editions Cujas, 1982.

MEZA FERNÁNDEZ, Carlos Daniel: "El principio de accesoriedad y el problema de la temporalidad de la conducta del partícipe *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito. Comentarios a propósito del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 102, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2017.

MEZGER, Edmund: *Derecho Penal. Parte especial. Libro de estudio,* traducción de la 4ª edición alemana (1954) por Conrado Finzi, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

MIGUEZ GARCIA, M. y CASTELA RIO, J. M.: *Código Penal. Parte geral e especial,* Coimbra, 2015.

MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico: "Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico-penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la Administración Pública", La Ley, Buenos Aires, 2001.

MILLÁN, Alberto S.: "El delito de negociaciones incompatibles", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nº 1, Buenos Aires, enero-marzo 1970.

MIR PUIG, Carlos: *Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Bosch, 2000.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte general*, 7ª edición, Montevideo, Editorial ILB de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago: *Comentarios al Código Penal*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

MOLINA ARRUBLA, Carlos María: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, Leyer, 2000.

MOLINA ARRUBLA, Mario: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Diké, 1995.

MONTESQUIEU, Charles Luis de: *Del espíritu de las leyes,* Madrid, Sarpe, 1984.

MONTOYA VIVANCO, Yvan: "El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión", en MONTOYA VIVANCO, Yvan (editor): *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

MORALES PRATS, Fermín y MORÓN LERMA, Esther: "Corrupción entre particulares (comentario al artículo 286 bis del CP)", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

MORÃO, Helena: *Da Instigação em cadeia. Contributo para a dogmática das formas de comparticipação na instigação*, Coímbra, Coimbra Editora, 2006.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo (director): *Sistema de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 2016.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: "Cohecho", en CARMONA SALGADO, Concepción; COBO DEL ROSAL, Manuel; GONZALES RÚS, Juan y otros, *Compendio de Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

MOYNA MÉNGUEZ, José; GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio; LUZÓN CUESTA, José María; ORTIZ URCULO, Juan Cesáreo y TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo: *Código Penal*, 5ª edición, Madrid, Editorial Colex, 2000.

MUJICA, María Eugenia: "Crimen versus 'mal gobierno': textos regionales en la lucha contra la corrupción", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor):

El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

MUNNÉ CATARINA, Frederic: "Imparcialidad y responsabilidad del perito", en PICO I JUNOY (director): *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch, 2017.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte especial*, 18ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte especial*, 13ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MUÑOZ CUESTA, Javier: "La corrupción entre particulares: problemas que plantea su ubicación", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

MUÑOZ JOFRE, Jaume: *La España corrupta. Breve historia de la corrupción (de la restauración a nuestros días, 1875-2016), Granada, Comares, 2016.*

MUÑOZ LORENTE, José: "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 derogación *de facto* del delito efectuada por la Corte Suprema", en *Actualidad Penal*, Vol. 19, Lima, Instituto Pacífico, enero 2016.

MUÑOZ, Jordi: "El precio electoral de la corrupción: ¿por qué los votantes la castigan tan poco?", en QUERALT, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

MURIEL PATIÑO, María: "Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción", en AA. VV. *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

MUSACCHIO, Vincenzo: "Los principales problemas de la anticorrupción en el marco europeo", en GÓMEZ RIVERO, M. del Carmen y BARRERO ORTEGA, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: "La inaplicabilidad de la Convención Interamericana contra la Corrupción por falta de modificación en la legislación penal interna", en *Advocatus* 9, Universidad de Lima, 2003-II.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César Augusto: "Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria", en *Ius et Praxis*, N° 33, Lima, enero-diciembre 2002.

Navarro Cardoso, Fernando: *El cohecho en consideración al cargo o función,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

Navarro Frías, Irene y Melero Bosch, Lourdes: "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Navarro Masip, Jorge: "El delito de corrupción entre particulares", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

Nieto Martín, Adán y Maroto Calatayud, Manuel: Public compliance. *Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos,* Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

Nieto Martín, Adán: "La corrupción en el sector privado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, edición 29, año 23, Lima, Universidad Privada San Juan Bautista - Lex & Iuris, 2016.

Nieves Saldaña, María: "Implementación de la perspectiva de género en la acción del consejo de Europa sobre la corrupción: dimensiones de género de la corrupción, monitorización y evaluación, en Gómez Rivero, M. del Carmen y Barrero Ortega, Abraham: *Regeneración democrática y estrategias penales en lucha contra la corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Nolasco Valenzuela, José: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, Lima, ARA Editores, 2013.

Novoa Curich, Yvana y Rodríguez Vásquez, Julio: "Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional", en Montoya Vivanco, Yvan (editor): *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, 2012.

Núñez Castaño, Elena: "Sobre el bien jurídico protegido en el delito de corrupción entre particulares: legitimidad de la intervención penal", en Matallín Evangelio, Ángela (directora): Compliance *y prevención de delitos de corrupción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

O´Phelan, Scarlett: "Orden y control en el siglo XVIII. La política borbónica frente a la corrupción fiscal, comercial y administrativa", en Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Olaizola Nogales, Inés: "La nueva regulación del delito de cohecho en España", en Martínez Huamán, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance, *procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

Olaizola Nogales, Inés: *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Olivera Toro, Jorge: *Manual de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1967.

Oramas Gross, Alonso: *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Edino, Guayaquil, 1988.

Ortecho Villena, Julio: *Juicio político y procesos a funcionarios*, Trujillo, Libertad, 1992.

Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo: "La corrupción en el deporte en el Derecho Penal español: ¿un legislador torpe, moral o estratégico?", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Ortiz De Zevallos, Gabriel y Calderón, Carlos: "Un enfoque neoinstitucional sobre la corrupción en el Perú", en Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Ortiz Rodríguez, Alfonso: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Medellín, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1985.

Orts Berenguer, Enrique: *Derecho penal. Parte especial* (coordinador J. L. González Cussac), 5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Otero González, Pilar: "La respuesta del Derecho Penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir", en Castro Moreno, Abraham; Otero González, Pilar y Garrocho Salcedo, Ana (coordinadores): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

Otero González, Pilar: "Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015", en *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.

Pabón Parra, Pedro Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1997.

PAGLIARO, Antonio: *Principi di Diritto Penale. Parte speciale: Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1995.

PAREDES CHÁVEZ, Nilo: "El delito de enriquecimiento ilícito en el Perú", en CANCHO ALARCÓN, Rafael (coordinador): *Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

PAREDES INFANZÓN, Jelio: "La agravante del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial: tipicidad y determinación judicial de pena", en *Actualidad Penal*, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, setiembre 2016.

PARISI, Nicoletta: *La cooperazione giuridica internazionale nella lotta alla corruzione*, Padova, Cedam, 1996.

PÁUCAR CHIAPPA, Marcial: *Los favores políticos y el* lobby *o gestión de intereses en el escenario de la corrupción política*, Lima, ARA Editores, 2014.

PAVÓN PARRA, Pedro Alfonso: *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Ediciones Ciencia y Derecho, 1979.

PAZ PANDURO, Moisés Neil: "Análisis de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el delito de enriquecimiento ilícito y el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 102, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2017.

PAZ PANDURO, Moisés Neil: "Análisis de la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el delito de enriquecimiento ilícito y el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 102, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2017.

PECO, José: "Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

PECO, José: "Imperfecciones técnicas en orden a los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: "Estudio dogmático de los delitos de cohecho y perspectivas criminales", en CANCHO ALARCÓN, Rafael (coordinador): *Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl: *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo V, Lima, Idemsa, 2010.

Peña Cabrera, Raúl y Francia Arias, Luis: *Delito de enriquecimiento ilícito*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1993.

Peña Cabrera, Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general,* Lima, Grijley, 1997.

Peña Kolenkautsky, Saúl: *Sicoanálisis de la corrupción*, Lima, Peisa, 2003.

Peña Ossa, Erleans de Jesús: *Delitos contra la Administración Pública,* Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995.

Pérez López, Jorge: "¿Pueden responder penalmente los extranei como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito? Comentarios al Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 110, Lima, Gaceta Jurídica, agosto 2018.

Pérez López, Jorge: "El acuerdo plenario 3-2016/CJ-116 y la participación del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 103, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2018.

Pierangelli, Jose Henrique: *Manual de Direito Penal brasileiro. Parte especial*, 2ª edición, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Pieth, Mark: *Wirtschaftsstrafrecht*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2016.

Pimentel Filho, André: *(Uma) Teoria da corrupção. Corrupção. Estado de Direito e Direitos Humanos*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

Pinatel, Jean: *La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979.

Pino Ticona, Davinson Carlos: "El delito de violencia y resistencia a la autoridad en su forma agravada", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 85, Lima, Gaceta Jurídica, julio 2016.

Platón: *República*, Lima, Peisa, 1976.

Platón: *República*, traducción de Marisa Divenosa y Claudia Mársico, Buenos Aires, Losada, 2005.

Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial*, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Ponce Solé, Juli: "Control judicial, derecho a una buena administración y leyes de transparencia y buen gobierno", Queralt, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

Portocarrero Hidalgo, Juan: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Editorial Jurídica Portocarrero, 1996.

Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Portocarrero S., Felipe: "Impulsos moralizadores: el caso del Tribunal de Sanción Nacional 1930-1931, en Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Pozo, Hurtado, José y Godel, Thierry: *Droit'Pénal général*, 3ª edición, Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 2019.

Pradera, Javier: *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Galaxia Gutemberg, 2014.

Prado Saldarriaga, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Tomo I, Lima, Idemsa, 1997.

Prado Soriano, José Eduardo: "La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el sistema antilavado de activos (especial referencia al delito de omisión de comunicar transacciones u operaciones sospechosas), en Rojas Vargas, Fidel y Prado Soriano, José Eduardo: Compliance *aplicado al Derecho Penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ius Puniendi - Ideas, Lima, 2019.

Queralt, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

Queralt, Joan: "*Public compliance* y corrupción: análisis conceptual y propuestas", en Queralt, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

Queralt, Joan: *Derecho Penal español. Parte especial*, Barcelona, José María Bosch editor, 1997.

Queralt, Joan: *Derecho Penal español. Parte especial*, Vol. II, Barcelona, Librería Bosch, 1991.

Quintero Olivares, Gonzalo; Valle Muñiz, José Manuel; Morales Prat, Fermín y Morales García, Oscar: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

QUIROZ, Alfonso: "Costos históricos de la corrupción en el Perú republicano", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

QUIROZ, Alfonso: *Historia de la corrupción en el Perú*, traducción de Javier Flores Espinoza, Lima, IEP, 2013.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho Penal*, Tomo III, Parte especial, Bogotá, Temis, 1975.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: "Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del caso Montesinos", en *Ius et Veritas*, N° 23, año XII, Lima, 2001.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro: *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores.

REAÑO, José Leandro; CARO CORIA, Dino Carlos; SAN MARTÍN C., César Eugenio: "Aspectos sustantivos y procesales del delito de tráfico de influencias con relación al caso Montesinos", en *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima, Jurista Editores, 2003.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: "El delito de cohecho activo (genérico y específico) en el Código Penal", en CANCHO ALARCÓN, Rafael (coordinador): *Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: "Los delitos de corrupción de funcionarios y criminalidad organizada", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-2.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: *Delitos contra la Administración Pública.* Lima, Jurista Editores, 2015.

REBOLLO PUIG, Manuel: *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luis: *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1970.

REGIS PRADO, Luiz: *Curso de Direito Penal brasileiro*, Vol. 4. Parte especial, 4ª edición, São Paulo, Editora dos Tribunais, 2006.

REHREN, Alfredo: "Corrupción y política local en Chile", en GUZMÁN, Eugenio (editor): *Corrupción y gobierno*, Santiago de Chile, 1998.

REIGEN, Peter: *Las redes de la corrupción. La sociedad civil contra los abusos del poder*, tradución de Mireia Bartels, Natalia Franch y David Sánchez, Barcelona, Planeta, 2003.

RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Lima, Idemsa, 1994.

RICCIO, Stefano: *I delitti contro la Pubblica Ammnistrazione,* Torino, UTET, 1955.

RIMONDI, Jorge Luis: "La codelincuencia en el cohecho", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

RIQUELME PORTILLA, Eduardo: *El cohecho parlamentario*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2019.

ROBLEDO, Jorge Enrique: *La corrupción en el poder y el poder de la corrupción en Colombia*, Bogotá, Aguilar, 2016.

ROCHA FURTADO, Lucas: *As raíces da corrupcao no Brasil. Estudo de casos e Licoes para o futuro*, Belo Horizonte, Editora Forum, 2015.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime y GESTA LEA, Rogério (directores): *La respuesta jurídica a la corrupción en la contratación pública en Brasil y España*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2016.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena: *Delitos contra la función pública, el Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RODRÍGUEZ DELGADO, Julio: *La reparación como sanción jurídico-penal*, Lima, Editorial San Marcos, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho Penal español. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 1994.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *El decomiso de activos ilícitos*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2017.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y CONTRERAS ALFARO, Luis: *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Derecho*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

Rodríguez Gutiérrez, Nicomedes: *Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia*, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2020.

Rodríguez Moro, Luis: "Análisis normativo y jurisprudencial de los delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 del Código Penal: especial referencia a la dificultad de su prueba", en Puente Aba, Luz María (directora) Souto García, Eva María (coordinadora): *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Granada, Editorial Comares, 2016.

Rodríguez Puerta, María José: "Del cohecho", en Quintero Olivares, Gonzalo: *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Rodríguez Puerta, María José: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, Aranzadi, 1999.

Rodríguez Ramos, Luis: "Transfuguismo retribuido y cohecho", en *Actualidad Penal*, N° 22, Lima, Instituto Pacífico, 1994.

Roig Torres, Mangarita: "Los delitos de corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial", en Blanco Valdés, Roberto y Vásquez-Portomeñe Seijas, Fernando (directores): *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuesta desde el Derecho Penal y el Derecho Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Rojas Vargas, Fidel y Prado Soriano, José Eduardo: Compliance *aplicado al Derecho Penal. Un análisis integral conforme a las últimas modificaciones legislativas y Derecho comparado*, Ius Puniendi - Ideas, Lima, 2019.

Rojas Vargas, Fidel: "El delito de peculado y malversación de fondos en la imputación del delito y de la pena", en Cancho Alarcón, Rafael (coordinador): *Los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Ediciones Jurídicas del Centro, 2014.

Rojas Vargas, Fidel: "Las inhabilitaciones especiales en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública", en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 45, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2002; también en *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.

Rojas Vargas, Fidel: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito*, Lima, Grijley, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Código Penal, Parte especial. Jurisprudencia.* Tomo IV, Lima, RZ Editores, 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Lima, Jurista Editores, 2005.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, 3ª edición, Lima, Grijley, 2020.

ROMÁN, Yolanda: "El *lobby* social en España: la influencia de las ONG en el entorno político y regulatorio", en FORO EMPRESARIAL APRI: *El* lobby *en España: ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

ROSALES ZAVALA, Leonardo Alex: "La participación del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito: a propósito del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 102, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2017.

ROSALES ZAVALA, Leonardo Alex: "Los criterios interpretativos para sustentar el peligro procesal en los delitos de corrupción de funcionarios cometidos por organizaciones criminales a propósito del Acuerdo Plenario N° 02-2018-SPN", en MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto (director): *La corrupción. Criminología, Derecho Penal Parte general y especial,* compliance*, procesal penal y ejecución penal*, Lima, Editores del Centro, 2020.

ROSE-ACKERMAN, Susan: *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reformas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2001.

ROSENAU, Henning; LORENZ, Henning y WENDRICH, Lisa: "La corrupción en el sistema sanitario alemán", en *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal,* traducción de la 9ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 2016.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band I. *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2006.

ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band II. *Besondere Esrscheinungsformen der Straftat*, München, Verlag C.H. Beck, 2003.

ROXIN, Claus: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2002.

ROY FREYRE, Luis*: Derecho Penal peruano. Parte especial*, Tomo III, Lima, Instituto de Ciencias Penales, 1983.

RUA, Gonzalo Segundo: "En busca de los límites perdidos entre los tipos penales de cohecho y concusión", en *Revista de Derecho Penal* - Delitos contra la Administración Pública - II, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Penales, 2004-2.

RUBIO, Rafael: "Orígenes del *lobby* en España", en FORO EMPRESARIAL APRI: *El* lobby *en España: ¿asignatura pendiente?*, Granada, Algón Editores, 2014.

RUIZ YEPES, Luz América: *El delito de testaferrato conforme con el nuevo Código Penal*, Bogotá, Leyer, 2002.

RUSCA, Bruno: *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Madrid, Marcial Pons, 2020.

SABAN GODOY, Alfonso: *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991.

SABOGAL QUINTERO, Moisés y SÁNCHEZ M., Luis Alberto: *El enriquecimiento ilícito y la extinción de dominio en Colombia*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Ibáñez, 1997.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: "El delito de cohecho pasivo propio en el Código Penal peruano", en *Actualidad Jurídica,* N° 147, Lima, Gaceta Jurídica, febrero 2006.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista Editores, 2004.

SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Iustitia-Grijley, 2016.

SALLES JUNIOR, Romeu: *Curso completo de Direito Penal*, 3ª edición, São Paulo, Editora Saraiva, 1993.

SALVADOR ESQUIVEL, Nils Ericson: "Aplicación residual del delito de violencia y resistencia a la autoridad policial. Comentarios al Acuerdo

Plenario Extraordinario N° 1-2016: ¿Qué se entiende cuando hablamos de proporcionalidad?", en *Actualidad Penal*, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, setiembre 2016.

San Martín Castro, César Eugenio; Caro Coria, Dino Carlos y Reaño Peschiera, José Leandro: *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*, Lima, El Jurista, 2002.

Sánchez de Movellán, Pedro Álvarez: "*Árbitro y perito. Valoración de la prueba pericial en un contexto extremo*", en Picó i Junoy, Joan (director) y De Miranda Vásquez, Carlos (coordinador): *Peritaje y prueba judicial*, Barcelona, Bosch, 2017.

Sánchez Melgar, Julián: *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, 5ª edición, Madrid, Editorial Jurídica Sepin, 2020.

Sánchez Morón, Miguel: "La corrupción y los problemas de las Administraciones Públicas", Arroyo, P. Andrés; Auger, C.; Cortina, A.; Garzón, E.; Jiménez Sánchez, F.; Jiménez de Parga, M.; Lamo de Espinoza, E.; López Calera, N.; Malem, J.; Pradera, J.; Sánchez Morón, M.; Laporta, F. y Álvarez, S.: *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier: "Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N° 3, Las Palmas de Gran Canaria, julio 1999.

Sancinetti, Marcelo: *El delito de enriquecimiento de funcionario público*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.

Sancinetti, Marcelo: *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario (art. 268.2 del C.P.)*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994.

Sanguiño Madariaga, Alirio: *Delitos contra la Administración Pública en la jurisprudencia*, Bogotá, Librería Jurídica Sánchez, 2013.

Santana, Vega, Dulce: "La lucha contra la corrupción en Europa: luces y sombras", en Queralt, Joan (director): *Corrupción*, Porto, Juruá Editorial, 2019.

Satzger, Helmut: "Corrupción y deporte", en Satzger, Helmut: *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 Auflage, München, C. H. Beck, 1997.

SEGOND, Marc: "Du délit de prise illégale d´intérêts...aux prises légales d´intérêts d´agents publics ´pextragers", en BRIGANT, Jean-Marie (sous la direction de): *Le risque de corruption*, París, Éditions Dalloz, 2018.

SEGRETO, Antonio y DE LUCA, Gaetano: *I delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1980.

SEVERO CABALLERO, José: "El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos (después de la reforma constitucional de 1994)", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

SEVERO CABALLERO, José: "La Convención Interamericana contra la Corrupción y la legislación penal argentina", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Tomo V, Buenos Aires, La Ley, 2010.

SHAH, Anwar (editor): *Performance accountability and combating corruption. Public sector, Gouvernance and Accountability series*, Washington, The World Bank, 2007.

SIERRA, Hugo Mario: "El delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en DONNA, Edgardo (director): *Derecho Penal. Doctrinas esenciales*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

SILVESTRONI, Mariano H.: *Manual del abogado defensor*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, Tomo V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1978.

SOTO NIETO, Francisco: *El delito de intrusismo profesional. Singular ilícito penal*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

SOTOMAYOR HERRERA, Jimmy Manuel: "¿Es el testaferro cómplice del delito de enriquecimiento ilícito?·, en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 120, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2019.

SPENA, Alessandro: "Corruzione in atti guidiziari", en CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Bologna, Il Mulino, 2015.

STASIAK, Fréderic: "Une incrimination attendee: le traffic d´influence auprés d´ agents publics étrangers", en BRIGANT, Jean-Marie (sous la direction de): *Le risque de corruption*, París, Éditions Dalloz, 2018.

SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑÓN RODRÍGUEZ, José Ramón: "Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", en *La corrupción a examen*, Pamplona, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

TANAKA, Martín: "La estructura de oportunidad política de la corrupción en el Perú: algunas hipótesis de trabajo", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

TARUFFO, Michele: *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

TAVANI, Jean-Louis: "Uma justicia sob influência: abordagem psicossocial do processo de influencia", en SPADONI, Lila (coordinadora): *Contribuição da Psicologia Social ao Direito*, São Paolo, LTR Editora, 2011.

TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos: "El requerimiento previo en el delito de desobediencia a la autoridad: ¿elemento del tipo, requisito de procedibilidad o cuestión probatoria", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 108, Lima, Gaceta Jurídica, junio 2018.

TERRAGNI, Marco Antonio: "Enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (director): *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Jurista editores, 2009.

TERRAGNI, Marco Antonio: *Delitos propios de los funcionarios públicos*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

THOMPSON, Dennis F.: *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Barcelona, Gedisa, 1998.

THORMANN, Ph. y VON OVBERBECK, A.: *Das Schweizerische Srafgesetzbuch*, Zweiter Band, Besondere Bestimmungen, Zurich, Schulthess & CO, 1979.

TIM, Daniel y MATON, James: "La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles", en GUILLERMO, Jorge: *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

TIRADO ÁLVAREZ, Margarita: "Cohecho", en CASTRO CUENCA, Carlos: *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, Bogotá, UR-Temis, 2011.

Tomás Mallén, Beatriz: *Transfuguismo parlamentario y democracia de partidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Torre, Valeria: "Istigazione allá corruzione", en Canestrari, Cornacchia, De Simone: *Manuale di Diritto Penale. Parte speciale. Delitti contro la Pubblica Amministrazione,* Bologna, Il Mulino, 2015.

Torres Muro, Ignacio: "El transfuguismo político. Un elogio (moderado) del tránsfuga", en *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 16, Universidad de Jaén, 2016.

Tozzini, Carlos: "Los delitos de atentado y resistencia contra la autoridad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, enero-marzo 1969.

Trinci, Alessandro y Farini, Sara: *Compendio di Diritto Penale. Parte speciale*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2015.

Überhofen, Michael: *La corrupción en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Ciedla, 1997.

Ugarteche, Oscar: "Notas sobre la nueva corrupción económica en el Perú finisecular: desde la mafia, el mercantilismo y la teoría económica", en Portocarrero S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

Ugaz Zegarra, Fernando: "Apreciaciones sobre el delito de violencia y resistencia la autoridad policial", en *Actualidad Penal*, N° 27, Lima, Instituto Pacífico, setiembre 2016.

Urbiola Mayhuire, Efraín: "La complicidad y otras divergencias en el delito de negociación incompatible", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 90, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2016.

Urquizo Olaechea, José: "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 12, año VII-VIII, Lima, Idemsa, 2002.

Valeije Álvarez Inma: "Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho", en *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XVIII, Universidad de Santiago de Compostela, 1995.

Valeije Álvarez, Inma: *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, Edersa, 1996.

Valle Riestra, Javier: *La responsabilidad constitucional del Jefe de Estado*, Lima, Benítez Rivas & Montejo Editores Asociados, 1988.

Vasquez-Portemeñe Seijas, Fernando: "El delito de tráfico de influencias en España", en Abanto Vásquez y Vásquez-Portomeñe Seijas: *El delito de tráfico de influencias*, Lima, Instituto Pacífico, 2019.

Vásquez-Portemeñe Seijas, Fernando: "Orientaciones para una reforma de los delitos de corrupción en España", en Blanco Valdés, Roberto; Vásquez-Portomeñe Seijas, Fernando (directores): *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuesta desde el Derecho Penal y el Derecho Constiucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

Vega Llapapasca, Rafael: "El delito de violencia a la autoridad para impedir el ejercicio de sus funciones", en *Actualidad Penal*, Vol. 26, Lima, Instituto Pacífico, mayo 2016.

Velásquez Velásquez, Fernando: *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995.

Viada y Vilaseca, Salvador: *Código Penal reformado de 1870*, Tomo II, Madrid, Tipografía de Manuel Ginés Hernández, 1890.

Vigano, Francesco: "Los delitos de cohecho en el ordenamiento jurídico italiano *de lega data* y *ferenda*", en Castro Moreno, Abraham; Otero González, Pilar y Garrocho Salcedo, Ana (coordinadores): *Corrupción y delito. Aspectos de Derecho Penal español y desde la perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2017.

Vílchez Chinchayán, Ronald: "El delito de usurpación de funciones: un delito de elusión. Comentarios a propósito de la Casación N° 956-2016-Ancash", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 123, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2019.

Villa Stein, Javier: *Derecho Penal. Parte general*, Lima, Editorial San Marcos, 1998.

Villada, Jorge Luis: *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

Villavicencio Terreros, Felipe: *Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana Contra la Corrupción*, Lima, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

VILLORIA MENDIETA, Manuel: *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, 2000.

VILLORIA MENDIETA, Manuel: *La corrupción política*, Madrid, Editorial Síntesis, 2006.

VINELLI, VEREAU, Renzo y LOLI AUSEJO, Daniel: "La unidad del título de imputación y la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimento ilícito", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 102, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2017.

VITERBO ARIAS, José: *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, Tomo 2, Lima, Imprenta Torres Aguirre, 1898.

VIVES ANTÓN, Tomás y COBO DEL ROSAL, Manuel: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, Editorial Comares, 2003.

VON LISZT, Franz: *Traité de Droit Penal Allemand*, Tome II, Partie speciale, Traduit sur la 17 edition 1908 par René Lobstein, París, M. Giard & E. Briere Libraires-Éditrurs, 1913.

WASSMER, Martín Paul: "Sistemas penales comparados. Tratamiento jurídico-penal de la corrupción política y administrativa", en *Revista Penal,* N° 3, Barcelona, Editorial Praxis, 1999.

WELZEL, Hans: *Derecho Penal alemán. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, 5 vols., México, Editorial Cárdenas, 1988.

ZAPATA, Antonio: "La corrupción bajo el fujimorismo", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor): *El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú*, Lima, PUCP-Universidad del Pacífico, IEP, 2005.

ZARAZO OVIEDO, Luis Arnoldo: *El enriquecimiento ilícito: aspectos jurídico-procesales*, 2ª edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

ÍNDICE GENERAL

SEGUNDA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

(Continuación)

TÍTULO V

LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

CAPÍTULO I

Aspectos generales

I. Consideraciones generales 7
II. La corrupción 15
III. Corrupción, cohecho y soborno 16
IV. La corrupción privada 18
V. El cohecho transnacional pasivo y el soborno transnacional activo 23
VI. La corrupción delictiva vinculada al ámbito funcionarial en el contexto legal internacional: cuestiones de normativización, autoría y bien jurídico 26
VII. Modalidades estructurales de corrupción delictiva 29
1. Cohecho pasivo 30
2. Cohecho pasivo propio 31
3. Cohecho pasivo impropio 32
4. Cohecho activo 32
5. Cohecho antecedente y cohecho subsecuente 33
6. Observaciones pertinentes 34
VIII. Los medios corruptores 34
1. El donativo 36
2. La promesa 43

3. La ventaja 46
4. El beneficio 48
5. Casos particulares: los cohechos disfrazados, las coimas y los favores 49
IX. El bien jurídico protegido 52
X. La plurisubjetividad de los delitos de cohecho 54
XI. Los modelos español e italiano de cohecho 55
XII. La sistemática peruana de los delitos de cohecho 57
1. Tipos penales de corrupción pasiva 57
2. Tipos penales de corrupción activa 57
3. Tipos especiales de corrupción 58
4. Tipos de corrupción transnacional 58
XIII. Aspectos de técnica legislativa empleada 58
1. Los verbos rectores utilizados son los siguientes 59
2. Las fórmulas corruptoras son las siguientes 59
3. Naturaleza y complejidad de los tipos penales 60
4. Tipos de resultado y de actividad-peligro 60
5. Elementos subjetivos 60
6. Funcionarios y particulares 61
7. Sistema de penas 61
XIV. Figuras penales (o delitos de cohecho) no contempladas en el Código Penal de 1991 62
XV. La reforma del 2004 a los delitos de corrupción: antecedentes y características de la Ley N° 28355 y reformas ulteriores 63
XVI. *Compliance* anticorrupción 72
XVII. ¿Qué hacer? 75

Capítulo II

Los delitos de corrupción pasiva

I. Bien jurídico protegido 81
II. Los verbos rectores: acepte-reciba-solicita-condiciona 82
1. Acepta (acepte) 82
2. Reciba 83
3. Solicita 84
4. Condiciona 85

1

COHECHO PASIVO PROPIO

I. Antecedentes legales 88
II. La figura penal 89
III. Sujetos activo y pasivo 90
IV. Comportamientos típicos 91
1. Primera modalidad delictiva de cohecho pasivo propio: aceptar o recibir donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones 92
2. Segunda modalidad de cohecho pasivo propio: solicitar directa o indirectamente donativo, promesa o cualquier otra ventaja o provecho para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas 108
3. Tercera modalidad delictiva: condicionar la conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja 111
V. Elemento subjetivo 112
VI. Consumación y tentativa 113
VII. Participación 117
VIII. Concurso de delitos 119
IX. Penalidad 119
X. Jurisprudencia comparada 119

2

COHECHO PASIVO IMPROPIO

I. Antecedentes legales 125
II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355 126
III. Bien jurídico protegido 129
IV. Sujetos activo y pasivo 131
V. Comportamientos típicos 131
1. Los medios corruptores 132
2. Para practicar un acto propio de su cargo sin faltar a su obligación 134
3. O como consecuencia del ya realizado: el cohecho pasivo impropio subsecuente 136
VI. Elemento subjetivo 137
VII. Consumación y tentativa 138
VIII. La impropiedad del cohecho pasivo 139
IX. Penalidad 140
X. Jurisprudencia comparada 141

3

COHECHO PASIVO ESPECÍFICO PROPIO DE MAGISTRADO, ÁRBITRO, FISCAL, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO, PERITO O ANÁLOGO

I. Antecedentes legales 144
II. La figura penal y las modificaciones de la Ley N° 28355 145
III. Alta penalización y magistratura 146
IV. Bien jurídico específico tutelado 148
V. Sujeto activo 148
VI. Sujeto pasivo 153
VII. Comportamientos típicos 153
VIII. Elemento subjetivo 156
IX. Consumación del delito y tentativa 157
X. Penalidad 157

4

CORRUPCIÓN DE SECRETARIO JUDICIAL, AUXILIAR JURISDICCIONAL O CUALQUIER ANÁLOGO

I. Antecedentes legales 160
II. La figura penal 160
III. Sujetos activo y pasivo 160
1. Secretario judicial 161
2. Relator 162
3. Especialista 162
4. Auxiliar jurisdiccional 162
5. Cualquier otro análogo 162
IV. Comportamiento típico 163
V. Penalidad 164
VI. Elemento subjetivo 164
VII. Consumación y tentativa 165
VIII. Fases negativas de delito en los delitos de cohecho pasivo (propio, impropio, específico) 165
1. Atipicidad 165
2. Causas de justificación de la antijuricidad 165
3. Causas de exculpación 165
IX. Legislación extranjera. Cohecho pasivo propio e impropio 166
1. Francia (1810) 166
2. Alemania (1871) 166

3. Proyecto de Código Penal suizo (1918) 167
4. Italia (1930) 167
5. Argentina (1922) 168
6. Colombia (1980) 169
7. España (1995) 169
8. Chile (1874) 171
9. México (1922) 172
10. Bolivia (1972) 172

Capítulo III

Los delitos de corrupción activa

1

CORRUPCIÓN ACTIVA GENÉRICA (PROPIA E IMPROPIA)

I. Antecedentes legales 174
II. La figura penal y las modificaciones producidas por Ley N° 28355 174
III. Bien jurídico específico protegido 177
IV. La naturaleza activa del delito 179
V. ¿Es el cohecho activo el reverso del cohecho pasivo? 180
VI. Sujetos activo y pasivo 181
VII. Comportamientos típicos 181
1. Primera modalidad delictiva: corrupción activa propia 182
2. Segunda modalidad delictiva: corrupción activa impropia 187
VIII. Elemento subjetivo 188
IX. Consumación y tentativa 189
X. Penalidad 190
XI. Fases negativas del delito 190
1. Atipicidad 190
2. Causas de justificación y exculpación 190
XII. Legislación extranjera 191
1. Francia (1810) 191
2. Alemania (1871) 191
3. Italia (1889) 192
4. Italia (1930) 193
5. España (1973) 193
6. Argentina (1922) 194
7. Colombia (1980) 194
8. Portugal (1982) 195

9. Brasil (1940) 195
10. Chile (1874) 196

2

COHECHO ACTIVO ESPECÍFICO SOBRE MAGISTRADO, FISCAL, PERITO, ÁRBITRO, MIEMBRO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO O ANÁLOGO (CORRUPCIÓN ACTIVA ESPECÍFICA AGRAVADA)

I. Antecedentes legales 198
II. La figura penal 199
III. Bien jurídico específico protegido 200
IV. Sujeto activo: autoría 200
V. Sujeto pasivo 201
VI. Comportamiento típico 201
1. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo 201
2. Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo 202
3. Abogado que, individualmente o formando parte de un estudio de abogados, ofrece, da o corrompe 203
4. El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia 204
VII. Elemento subjetivo 207
VIII. Consumación y tentativa 207
IX. Penalidad 207

3

CORRUPCIÓN ACTIVA EFECTUADA POR ABOGADO (Artículos 398-A y 398-B, derogados)

I. Antecedentes legales 210
II. La figura penal 210
III. La modalidad atenuada 210
IV. Penalidad 210
V. ¿Inhabilitación de efectos especiales o inhabilitación absoluta? (artículo 398-B) .. 211
VI. Abuso legal de poder y arbitrariedad político-penal 212
VII. Modalidad atenuada de corrupción activa específica 212

Capítulo IV
Figuras especiales de corrupción

1
TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I. Antecedentes históricos 215
II. Antecedentes legales 216
III. La figura penal, las reformas practicadas y el Derecho comparado 217
IV. Bien jurídico protegido 227
V. Sujetos activo y pasivo 237
VI. Comportamientos típicos 238
1. Invocar influencias reales o simuladas 241
2. Ofrecimiento de interceder ante funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.. 249
3. Recibir, hacer dar o prometer donativo, promesa o cualquier ventaja 254
VII. Elemento subjetivo 255
VIII. Consumación y tentativa 256
IX. La circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo 261
X. Penalidad 262
XI. La situación legal del interesado: coautor, cómplice, inductor, concurrente inocuo, víctima 262
XII. La situación legal del funcionario o servidor influenciado: acto infuncional, cohecho pasivo, prevaricato, abuso de autoridad 267
XIII. El rol del abogado y el ejercicio de influencias 269
XIV. Las influencias regladas. Los *lobbies* 272
XV. Estafa y tráfico de influencias 275
XVI. Fases negativas del delito 276
1. Atipicidad 276
2. Causas de justificación 277
XVII. Problemática 277
XVIII. Legislación extranjera 279
1. Italia (1889) 279
2. Italia (1930) 279
3. Colombia (1980) 280
4. Colombia (2000) 280
5. España (1973) 280
6. España (1995) 280
7. Argentina (Ley N° 25.188, que adiciona al Código Penal el artículo 256 bis).. 281
8. Portugal (1995) 282
9. Chile (1874) 282

2

NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

I. Antecedentes legales 283
II. La figura penal 285
III. Bien jurídico protegido 292
IV. Sujetos activo y pasivo 302
V. Comportamientos típicos 304
1. Indebidamente "se interesa" directa o indirectamente o por acto simulado, en provecho propio o de tercero 309
2. El objeto del interés indebido del funcionario o servidor público: el contrato u operación 316
3. Intervenir por razón del cargo: la vinculación funcional 318
VI. Elemento subjetivo 319
VII. Consumación y tentativa 320
VIII. Participación 323
IX. Penalidad 324
X. Concurso de delitos 324
XI. Fases negativas del delito 325
1. Atipicidad 325
2. Causas de justificación 325
3. Causas de exculpación 325
XII. Problemática 326
XIII. Legislación extranjera 328
1. España (1870) 328
2. España (1995) 328
3. Francia (1810) 329
4. Italia (1930) 329
5. Argentina (1922) 329
6. Portugal (1982) 330
7. Colombia (1980) 330

3

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. Antecedentes legales 332
II. La figura penal 333
III. Los modelos de enriquecimiento 334
1. Fórmulas con base en el referente material 335
2. Fórmulas con base en el referente formal o mixto 335

3. Fórmulas con base en cláusula condicional 336
4. Fórmulas con base en el destinatario 336
5. Fórmulas con base en la penalidad 336
IV. La figura penal y el Derecho comparado 337
V. Aspectos históricos en América Latina 340
VI. El incremento del patrimonio: la noción de enriquecimiento 343
VII. Las fuentes del enriquecimiento 347
VIII. El delito de enriquecimiento ilícito 348
IX. El bien jurídico protegido 355
X. Sujetos activo y pasivo 359
XI. El injusto objetivo 360
1. El contraste ostensible entre el patrimonio económico *ex ante* y el patrimonio económico *ex post* del sujeto público 360
2. El incremento relevante. El tema de la cuantía que hace enriquecimiento o que lo agrava 362
3. Los medios típicos de enriquecimiento ilícito 364
4. La ilicitud formal y el deber de justificación por parte del sujeto activo 366
5. La relación funcional del enriquecimiento con el abuso del cargo 369
XII. Elemento subjetivo 371
XIII. Consumación y tentativa 372
XIV. Participación 375
XV. Jurisprudencia nacional y comparada 378
XVI. La subsidiariedad del delito 383
XVII. Agravante por la calidad y posicionamiento del agente 385
XVIII. Penalidad 386
XIX. Fases negativas del delito 387
1. Atipicidad y causales de justificación 387
XX. Legislación extranjera 387
1. Argentina (1922) 387
2. Colombia (1980) 388
3. Colombia (2000) 388
4. Panamá (1982) 388
5. Costa Rica (1971) 389
6. Venezuela (ley del 31 de marzo de 1964) 389
7. Puerto Rico (2012) 389
8. México (1922) 390
9. Cuba (1988) 390
10. Ecuador (2014) 391
11. Guatemala (1973) 391

12. Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas, 29 de marzo de 1996) 392
13. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (México, 2003).. 392

Delitos de corrupción de funcionarios: sumillas de jurisprudencia 395

TERCERA PARTE

DELITOS COMETIDOS POR PARTICULARES

TÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

I. Los particulares: precisiones 433
II. Los Códigos Penales peruanos 433
III. El panorama en la legislación penal Europea y de América Latina 435

TÍTULO II

LOS DELITOS DE USURPACIÓN DE AUTORIDAD, TÍTULOS Y HONORES

I. Aspectos de historia 437
II. Modelos actuales de Derecho comparado 438
1. Italia (1930) 438
2. España (1995) 438
3. Francia (1993) 438
III. Aspectos de técnica legislativa del Código Penal peruano 439
1. Artículo 361 439
2. Artículo 362 439
3. Artículo 363 440
4. Artículo 364 440

1

USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

I. Antecedentes legales 442
II. La figura penal y el Derecho comparado 442

III. Bien jurídico protegido 443
IV. Sujetos activo y pasivo 444
V. Usurpación de funciones: objeto material de la acción 445
1. Primer caso 445
2. Segundo caso (ampliación del anterior) 445
3. Tercer caso 446
4. Cuarto caso 446
VI. Comportamientos típicos 448
VII. Primera modalidad delictiva: usurpar una función pública o la facultad de dar órdenes militares o policiales 449
1. El contenido de la usurpación: la función pública 449
2. La acción de usurpar sin título o nombramiento 451
3. Usurpación de autoridad militar o policial: dar órdenes 456
VIII. Segunda modalidad delictiva: el que hallándose destituido, cesado, suspendido o subrogado de su cargo continúa ejerciéndolo 458
IX. Tercera modalidad delictiva: el que ejerce funciones correspondientes a cargo diferente del que tiene 460
X. Elemento subjetivo 463
XI. Consumación y tentativa 464
XII. Penalidad 465
XIII. Circunstancia agravante: prestar resistencia o enfrentarse a las fuerzas del orden 465
XIV. Participación 466
XV. Concurso de delitos 466
XVI. Fases negativas del delito 466
1. Atipicidad 466
2. Causales de justificación 467
3. Causales de exculpación 467
XVII. Imputación objetiva 467
XVIII. Jurisprudencia 468
XIX. Legislación extranjera 468
1. Argentina (1922) 468
2. Proyecto de Código Penal Federal suizo (1918) 469
3. Portugal (1982) 469
4. Italia (1930) 469
5. Francia (1810) 470
6. Puerto Rico (1975) 470
7. Colombia (1980) 470
8. Colombia (2000) 471
9. España (1995) 471

10. Suiza (1937) 471
11. Alemania (1871) 471

2
USURPACIÓN DE EMBLEMAS Y CALIDADES

I. Antecedentes legales 472
II. La figura penal y el Derecho comparado 473
III. Bien jurídico protegido 474
IV. Sujetos activo y pasivo 474
V. Comportamientos típicos 474
VI. Primera modalidad delictiva: ostentar públicamente insignias o distintivos de una función o cargo que no ejerce 474
1. La publicidad de la ostentación 475
2. La ilegitimidad del acto de ostentar 476
3. El objeto de la ostentación pública 476
VII. Segunda modalidad delictiva: arrogarse grado académico, título profesional u honores que no le correspondan 477
VIII. Elemento subjetivo 480
IX. Consumación y tentativa 480
X. Imputación objetiva 480
XI. Penalidad 480
XII. Participación 481
XIII. Concurso de delitos 481
XIV. Fases negativas del delito 481
1. Atipicidad 481
2. Causas de justificación 481
3. Causas de exculpación 481
XV. Legislación extranjera 481
1. Italia (1889) 481
2. Italia (1930) 482
3. España (1973) 482
4. Argentina (1922) 482
5. Alemania (1871) 483

3
EJERCICIO ILEGAL DE PROFESIÓN

I. Antecedentes legales 485
II. La figura penal, la reforma y el Derecho comparado 485

III. Bien jurídico protegido 487
IV. Sujetos activo y pasivo 488
V. Comportamientos típicos 489
1. Primera modalidad delictiva: ejercer profesión sin reunir los requisitos legales 489
2. Segunda modalidad delictiva: ejercer profesión con falso título 491
3. Circunstancia agravante: si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual 495
VI. Elemento subjetivo 496
VII. Consumación y tentativa 496
VIII. Penalidad 497
IX. Participación 497
X. Fases negativas del delito 497
1. Atipicidad 497
2. Causas de justificación 498
3. Causas de exculpación 498
XI. Concurso de delitos 498
XII. Jurisprudencia 498
XIII. Legislación extranjera 501
1. España (1973) 501
2. España (1995) 501
3. Italia (1930) 502
4. Portugal (1982) 502
5. Bolivia (1972) 502

4

PARTICIPACIÓN EN EJERCICIO ILEGAL

I. Antecedentes legales 503
II. La figura penal 503
III. Bien jurídico protegido 504
IV. Sujetos activo y pasivo 504
V. Comportamiento típico 504
VI. Elemento subjetivo 505
VII. Consumación y tentativa 505
VIII. Penalidad 506
IX. Participación 506

Delitos de usurpación de autoridad: sumillas de jurisprudencia 507

TÍTULO III

LOS DELITOS DE VIOLENCIA Y RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. El Derecho comparado 517
1. España 519
2. Italia 519
3. Austria 520
4. Francia 520
II. El delito de atentado 521
1. Atentado propio 521
2. Atentado impropio 522
III. La fórmula peruana de atentado-coacción 522
IV. Perú: aspectos de técnica legislativa 522
1. Artículo 365 523
2. Artículo 366 523
3. Artículo 367 523
4. Artículo 368 524
5. Artículo 369 525
6. Artículo 370 525
7. Artículo 371 525
8. Artículo 372 525
9. Artículo 373 526

1

ATENTADO-COACCIÓN CONTRA AUTORIDAD, FUNCIONARIO O SERVIDOR PÚBLICO

I. Antecedentes legales 527
II. La figura penal y el Derecho comparado 528
III. El *nomen iuris* 529
IV. Bien jurídico protegido 530
V. Sujetos activo y pasivo 532
VI. Comportamientos típicos 533
1. Acciones instrumentales: violencia-amenaza 534
2. Condición negativa de tipicidad: sin alzamiento público 537
3. Los sujetos agraviados: autoridad, funcionario o servidor público 539
VII. Primera modalidad delictiva: impedir a una autoridad, funcionario o servidor público ejercer sus funciones 539

VIII. Segunda modalidad delictiva: obligar a practicar a la autoridad, funcionario o servidor público un determinado acto de sus funciones 542
IX. Tercera modalidad delictiva: estorbar a la autoridad, funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones 543
X. Elemento subjetivo 544
XI. Consumación y tentativa 545
XII. Penalidad 545
XIII. Fases negativas del delito 545
1. Atipicidad 545
2. Causas de justificación 546
XIV. Participación 546
XV. Concurso de delitos 546
XVI. Legislación extranjera 546
1. Suiza (1918) 546
2. España (1870) 547
3. España (1995) 547
4. Italia (1889) 547
5. Italia (1930) 548
6. Argentina (1922) 548
7. Suiza (1937) 548

2

ATENTADO-COACCIÓN ESPECÍFICO (VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN) CONTRA FUNCIONARIO Y SU ASISTENTE

I. Antecedentes legales 549
II. La figura penal y el Derecho comparado 550
III. Bien jurídico protegido 551
IV. Sujetos activo y pasivo 551
V. El asistente del funcionario público 551
VI. Comportamientos típicos: actos materiales 552
1. Medios comisivos: violencia-intimidación 552
2. El objeto del comportamiento ilícito: impedir o trabar un acto funcional específico 554
VII. Impedir la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones ... 554
VIII. Trabar la ejecución de un acto propio de legítimo ejercicio de sus funciones 556
IX. Elemento subjetivo 557
X. Consumación y tentativa 557
XI. Participación 557

XII. Penalidad 557
XIII. Fases negativas del delito 558
1. Atipicidad 558
2. Causales de justificación 558
XIV. Legislación extranjera 558
1. Italia (1889) 558
2. Italia (1930) 559
3. Argentina (1922) 559
4. Portugal (1982) 559

3

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE LOS ARTÍCULOS 365 Y 366

I. Consideraciones generales 561
II. Circunstancias agravantes 563
1. El hecho se realiza por dos o más personas (concurso de personas) 563
2. El autor es funcionario o servidor público 563
3. Cuando el hecho se comete a mano armada 564
4. El autor ocasiona una lesión grave que haya podido prever 566
5. 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 567
6. El hecho se realiza para impedir la erradicación o destrucción de cualquier medio o instrumento destinado a la fabricación o transporte ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas 571
7. 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 571
8. 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 571
III. Penalidad 572
IV. Concurso de delitos 573
V. Legislación extranjera 573
1. Argentina (1922) 573
2. España (1973) 573
3. Portugal (1982) 573
4. Alemania (1871) 574

4

DESOBEDIENCIA O RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

I. Antecedentes legales ... 576
II. La figura penal y el Derecho comparado ... 576
III. Bien jurídico protegido ... 577
IV. Sujetos activo y pasivo ... 578
V. Comportamientos típicos ... 578
1. La orden impartida ... 579
2. Primera modalidad delictiva: desobediencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones ... 581
3. Segunda modalidad delictiva: resistencia a una orden impartida por funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones ... 583
VI. Causa de atipicidad legal: la desobediencia y resistencia a la propia detención ... 586
VII. Elemento subjetivo ... 588
VIII. Consumación y tentativa ... 589
IX. Agravantes ... 589
X. Penalidad ... 592
XI. Fases negativas del delito ... 593
1. Atipicidad ... 593
2. Causas de justificación ... 593
XII. Concurso de delitos ... 593
XIII. Legislación extranjera ... 594
1. Argentina (1922) ... 594
2. España (1973) ... 594
3. España (1995) ... 594
4. Portugal (1982) ... 594

5

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PENITENCIARIA

I. Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, materiales o componentes a centro de reclusión o detención ... 597
II. Delito de sabotaje en el funcionamiento de las medidas de seguridad y comunicación en establecimientos penitenciarios ... 599
III. Delito de posesión indebida de armas de fuego, teléfono celular y uso delicitvo de los mismos ... 600
IV. Delito de ingreso de armas de fuego y explosivos en institución penitenciaria... 601

6

VIOLACIÓN DE FUEROS DE AUTORIDAD

I. Antecedentes legales 602
II. La figura penal 603
III. Bien jurídico protegido 603
IV. Sujetos activo y pasivo 603
V. Comportamiento típico 603
VI. Elemento subjetivo 605
VII. Consumación y tentativa 605
VIII. Penalidad 605
IX. Concurso de delitos 605
X. Legislación extranjera 605
1. Puerto Rico (1975) 605
2. España (1995) 606

7

VIOLACIÓN DE DISTINTIVOS OFICIALES

I. Antecedentes legales 607
II. La figura penal y el Derecho comparado 608
III. Bien jurídico protegido 608
IV. Sujeto activo 608
V. Sujeto pasivo 609
VI. Comportamientos típicos 609
1. Acción típica: destruir o arrancar 609
2. Objeto de la acción ilícita: envoltura, sellos y marcas 610
3. Relación funcional: conservación o identificación de objetos por la autoridad 611
VII. Elemento subjetivo 612
VIII. Consumación y tentativa 613
IX. Fases negativas del delito 613
1. Atipicidad 613
2. Causas de justificación 613
X. Participación 613
XI. Concurso de delitos 614
XII. Legislación extranjera 614
1. Italia (1889) 614
2. Italia (1930) 614

3. Argentina (1922) 614
4. México (1931) 615
5. Portugal (1982) 615
6. Austria (1973) 615
7. España (1973) 615

8

INCUMPLIMIENTO DE DEBERES PROCESALES

I. Antecedentes legales 616
II. La figura penal 617
III. Bien jurídico protegido 617
IV. Sujeto activo 617
V. Sujeto pasivo 618
VI. Comportamientos típicos 618
1. Abstenerse de comparecer a prestar declaración, informe o servicio 618
2. Abstenerse de prestar declaración, informe o servicio 619
VII. La legalidad del requerimiento 619
VIII. Elemento subjetivo 621
IX. Consumación y tentativa 621
X. Penalidad 622
XI. Participación 622
XII. Concurso de delitos 622
XIII. Legislación extranjera 623
1. Francia (1810) 623
2. Italia (1889) 623
3. Alemania (1871) 623
4. Argentina (1922) 623

9

VIOLACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA

I. Antecedentes legales 624
II. La figura penal y el Derecho comparado 625
III. Bien jurídico protegido 625
IV. Sujeto activo 625
V. Sujeto pasivo 626
VI. Comportamientos típicos 626
1. Las acciones típicas: sustraer, ocultar, cambiar, destruir o inutilizar 626

2. El objeto de la acción ilícita 628
3. La existencia de un proceso 629
4. La custodia oficial 629
VII. Elemento subjetivo 630
VIII. Consumación y tentativa 630
IX. Penalidad 631
X. Fases negativas del delito 631
1. Atipicidad 631
2. Causas de justificación 631
3. Causa de exculpación 632
XI. Violación culposa de medios de prueba 632
XII. Concurso de delitos 632
XIII. Legislación extranjera 633
1. Italia (1889) 633
2. Argentina (1922) 633
3. Portugal (1982) 634
4. Austria (1973) 634
5. Panamá (1982) 634

10
SUSTRACCIÓN DE OBJETOS REQUISADOS

I. Antecedentes legales 636
II. La figura penal 636
III. Bien jurídico protegido 637
IV. Sujetos activo y pasivo 637
V. Comportamiento típico 637
1. La existencia de objeto requisado por autoridad 637
2. La sustracción de los objetos 639
VI. Elemento subjetivo 639
VII. Consumación y tentativa 639
VIII. Penalidad 639
IX. Participación 640
X. Concurso de delitos 640
XI. Legislación extranjera 640
1. Proyecto de Código Penal suizo (1918) 640
2. Portugal (1982) 640

Delitos de violencia y resistencia a la autoridad: sumillas de jurisprudencia 641

TÍTULO IV

LOS DELITOS DE DESACATO

I. Aspectos históricos 655
II. Modelos legislativos de desacato 656
1. España 656
2. Francia 657
3. Italia 657
4. Alemania 658
III. Desacato o injurias: tendencias de Derecho comparado 658
IV. Aspectos de técnica legislativa en el Código Penal peruano 660
V. Relevancia jurídica del desacato en el Perú 661

1

DESACATO OFENSIVO (Derogado)

I. Antecedentes legales 662
II. La figura penal 663
III. Bien jurídico protegido 663
IV. Sujeto activo: autoría 664
V. Sujeto pasivo 664
VI. Comportamientos típicos 664
1. La ofensa y los medios comisivos: amenazas, injurias o de cualquier manera ofender 664
2. El objeto del accionar delictivo: la dignidad y el decoro del funcionario público 666
3. El nexo funcional y el momento de comisión típica 667
VII. Elemento subjetivo 669
VIII. Consumación y tentativa 669
IX. Penalidad 669
X. Participación 669
XI. Fases negativas del delito 670
XII. Concurso de delitos 670
XIII. Circunstancia agravante 671
XIV. Jurisprudencia extranjera 671
1. Jurisprudencia española 671
2. Jurisprudencia italiana 672
XV. Legislación extranjera 673
1. Argentina (1922) 673

2. España (1973) 673
3. Italia (1930) 674
4. Francia (1993) 676
5. Brasil (1940) 676
6. Guatemala (1973) 676
7. Bolivia (1972) 677

2

DESACATO MEDIANTE DESORDEN

I. Antecedentes legales 678
II. La figura penal 679
III. Bien jurídico protegido 679
IV. Sujeto activo 679
V. Sujeto pasivo 679
VI. Comportamiento típico: actos ejecutivos 680
1. Causar desorden en la sala de sesiones del Congreso o de las cámaras legislativas, de las asambleas regionales, de los concejos municipales o de los tribunales de justicia u otro lugar donde las autoridades públicas ejercen sus funciones 680
2. Entrar armado en dichos lugares 681
VII. Elemento subjetivo 682
VIII. Consumación y tentativa 682
IX. Participación 683
X. Penalidad 683
XI. Concurso de delitos 683
XII. Legislación extranjera 683
1. Argentina (1922) 683
2. España (1973) 683
3. Colombia (1980) 684

Anexo: Jurisprudencia penal extranjera y normativa internacional
• Jurisprudencia española 687
• Jurisprudencia italiana 715
• Convención Interamericana contra la Corrupción 749
• Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción 761
• Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales 815
• Bribery Act 2010 823

Bibliografía 845

Este libro se terminó de imprimir en el mes
de octubre de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú