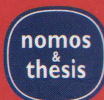


Manual operativo de los delitos contra la administración pública
cometidos por funcionarios públicos

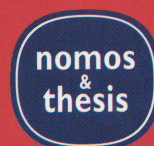
FIDEL ROJAS VARGAS

Fidel Rojas Vargas

Manual operativo de los
**Delitos contra la
administración pública**
cometidos por funcionarios públicos



nomos & thesis



Manual operativo
de los delitos contra la
administración pública
cometidos por funcionarios públicos

Fidel Rojas Vargas

**Manual operativo
de los delitos contra la
administración pública**

cometidos por funcionarios públicos



nomos & thesis

Rojas Vargas, Fidel

Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos / Fidel Rojas Vargas.
— Lima: Nomos & Thesis, 2016.

464 p. : 24 x 15 cm. (Serie: Manuales operativos)

ISBN: 978-612-45486-6-6

1. Delitos contra la administración pública. 2. Delitos cometidos por funcionarios. I. Rojas Vargas, Fidel. II. Ser.

SERIE: MANUALES OPERATIVOS, 1

*Manual operativo de los delitos
contra la administración pública cometidos
por funcionarios públicos*

© 2016, Fidel Rojas Vargas

© 2016, Editorial Nomos & Thesis EIRL

Av. Brasil 3068, int. 1108, Magdalena del Mar, Lima, Perú.

www.nomos.pe

info@nomos.pe

Telfs.: 460 0359 / 979 768 775

Editor: Carlos Atocsa

Diseño de cubierta: Carlos García

Diagramación: Ingrid Montoya Velasco

Primera edición: enero 2016

Tiraje: 1000 ejemplares

ISBN: 978-612-45486-6-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2015-18150

Impreso en el mes de enero de 2016 en Segrapec SAC

Jr. Oxapampa 220, Breña

Lima, Perú

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. Todos los derechos reservados (Decreto Legislativo 822).

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	17
---------------------------	----

CAPÍTULO UNO

Dogmática penal aplicada a los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública

1. Introducción	21
2. La política penal peruana y los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública	22
3. Imperfecciones y anomalías en la normativa legal vigente	28
4. El principio de legalidad penal y tipos penales funcionales	30
5. El principio de lesividad y tipos penales funcionales	33
6. Delitos funcionales en los cuales el <i>extraneus</i> no puede consumir el delito	34
7. Delitos en los que el <i>extraneus</i> ocupa roles secundarios de cómplice o instigador, nunca de autor o coautor	35
8. El control penal, administrativo y disciplinario de las infracciones en el ámbito de los delitos funcionales	36
9. El derecho disciplinario	38
10. El dolo penal en los delitos funcionales: líneas de demarcación de la relevancia administrativa y penal de las infracciones funcionales	40

11. Los informes de control de las entidades públicas	43
12. Una mirada a los delitos funcionales desde los principios del proceso penal acusatorio.....	47
13. Ámbitos de responsabilidad política, penal y administrativa del funcionario y servidor público	48
13.1. Responsabilidad política.....	48
13.2. Responsabilidad penal.....	49
13.3. Responsabilidad administrativa	51
13.4. Concurrencia de responsabilidades.....	51
14. Criterios para diferenciar entre comportamiento doloso a título delictivo e infracciones de relevancia administrativa	59
15. Prescripción en los delitos contra la administración pública.....	61
16. Bibliografía de este capítulo.....	66

CAPÍTULO DOS

Delitos de infracción de deber

1. Introducción	71
2. Definición	72
3. Clasificación.....	73
3.1. Los delitos de infracción de deber propios.....	73
3.2. Los delitos de infracción de deber impropios.....	74
3.3. Diferencias entre los delitos de infracción de deber propios e impropios	75
4. Delitos de infracción de deber y delitos contra la administración pública.....	75
5. Bibliografía de este capítulo.....	81

CAPÍTULO TRES

Administración pública y derecho penal

1. Notas introductorias.....	85
2. El bien jurídico <i>administración pública</i>	86
3. La función pública	89
4. Los conceptos de <i>funcionario</i> y <i>servidor público</i>	90
4.1. Concepto administrativo	91
4.2. Concepto penal.....	93
4.3. El concepto penal internacional anticipado	94
4.4. El concepto de funcionario internacional	96
5. Autoría y participación en los delitos de función	98
5.1. Reglas generales para los delitos de función	100
5.2. Las tesis de la unidad de la imputación y de la autonomía de la imputación.....	103
5.3. Complicidad primaria y secundaria.....	109
6. Clasificación de los delitos contra la administración pública	111
7. Bibliografía de este capítulo.....	115

CAPÍTULO CUATRO

Delitos de abuso de autoridad

(Artículos 376 al 381)

1. Introducción y aspectos generales.....	119
2. Tendencias actuales en la legislación comparada	123
3. El delito de abuso genérico de autoridad	125
3.1. Características	125
3.2. Bien jurídico protegido	127
3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	128

a. <i>El funcionario público</i>	129
b. <i>El abuso de atribuciones</i>	130
c. <i>Cometer u ordenar un acto arbitrario</i>	133
d. <i>El perjuicio de alguien</i>	135
3.4. Consumación y tentativa	137
3.5. Penalidad	137
4. Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios	138
4.1. Características	138
4.2. Bien jurídico protegido	139
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	139
4.4. Penalidad	145
5. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles	145
5.1. Características	146
5.2. Bien jurídico protegido	146
5.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	147
5.4. Penalidad	149
6. Los delitos específicos o nominados de abuso de autoridad	150
7. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales	150
8. Denegación o deficiente apoyo policial	153
9. Requerimiento ilegal de la fuerza pública	155
10. Abandono de cargo	156
11. Nombramiento y aceptación ilegal de cargo público	159
12. Bibliografía de este capítulo	161

CAPÍTULO CINCO

Delitos de concusión

(Artículos 382 al 386)

1. Introducción	165
2. Delito de concusión básica	167

2.1. Características generales	167
2.2. Bien jurídico protegido	168
2.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	168
a. <i>Abuso del cargo</i>	169
b. <i>Comportamientos típicos</i>	171
c. <i>Bien o beneficio patrimonial</i>	174
d. <i>Carácter indebido de las prestaciones</i>	174
e. <i>El destinatario</i>	175
2.4. Consumación y tentativa	176
2.5. Penalidad	176
3. Delito de exacción ilegal	177
3.1. Consideraciones generales	177
3.2. Bien jurídico protegido	178
3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	178
a. <i>Comportamientos típicos</i>	178
b. <i>Contribuciones o emolumentos</i>	181
c. <i>El carácter no debido o la cantidad excesiva de dichas contribuciones o emolumentos</i>	182
d. <i>El tipo penal es doloso</i>	182
3.4. Consumación y tentativa	185
3.5. Penalidad	185
4. Colusión simple y agravada	186
4.1. Consideraciones generales	187
4.2. Concepto de colusión desleal	187
4.3. Evolución legislativa del tipo	189
4.4. Colusión y contratación estatal	191
4.5. Bien jurídico protegido	192
4.6. Tipicidad objetiva y subjetiva	193
4.7. Dos tipos de colusión: de peligro y de resultado	195
4.8. Colusión de peligro (primer párrafo del artículo 384º)	197

a. <i>Comportamiento típico</i>	197
b. <i>Los negocios jurídicos y las operaciones que admiten la concertación ilegal</i>	200
c. <i>Consumación</i>	205
d. <i>Determinación indiciaria de la concertación</i>	206
e. <i>Penalidad</i>	208
4.9. Colusión de resultado (segundo párrafo del artículo 384º).....	209
a. <i>Comportamiento típico</i>	209
b. <i>Los negocios jurídicos que admiten la concertación ilegal</i>	211
c. <i>Consumación y tentativa</i>	213
d. <i>Penalidad</i>	215
4.10. Otras figuras de concusión.....	215
5. El delito de patrocínio ilegal.....	216
6. Extensión normativa de los delitos de colusión y patrocínio ilegal a peritos, árbitros, contadores y a tutores, curadores y albaceas.....	220
6.1. Generalidades.....	221
6.2. Los sujetos activos del delito.....	221
6.3. El objeto del delito.....	224
6.4. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocínio ilegal.....	225
6.5. Elemento subjetivo.....	228
6.6. Consumación y tentativa.....	228
6.7. Penalidad.....	228
7. Bibliografía de este capítulo.....	228

CAPÍTULO SEIS

Delitos de peculado

(Artículos 387 al 392)

1. Introducción.....	233
2. El bien jurídico protegido.....	235

3. El delito de peculado doloso propio simple y agravado	239
3.1. Características generales	240
3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	240
a. <i>Comportamiento típico</i>	241
b. <i>El objeto material del delito: los caudales o efectos</i>	245
c. <i>El destinatario: para sí o para otro</i>	248
3.3. Aumento de la cuantía para diferenciar la cantidad del injusto	250
3.4. La relación funcional del autor o coautor con el objeto material normativo del delito	251
3.5. Un caso particular: los viáticos	252
3.6. Cómo probar el peculado	254
3.7. El peculado culposo	256
3.8. El peculado agravado	260
3.9. Consumación.....	261
3.10. Penalidad	261
4. El delito de malversación de fondos.....	263
4.1. Características generales	263
4.2. Bien jurídico protegido	265
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	265
4.4. Consumación y tentativa	268
4.5. Penalidad	269
5. Los delitos de peculado y malversación impropios	269
5.1. Aspectos generales.....	270
5.2. Penalidad	272
6. Otras modalidades de peculado	272
6.1. Peculado específico de uso.....	272
6.2. Peculado por demora injustificada de pagos y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad.....	275
7. Bibliografía de este capítulo.....	279

CAPÍTULO SIETE

Corrupción de funcionarios**(Delitos de cohecho: artículos 393 al 398)**

1. Generalidades.....	283
1.1. Introducción.....	283
1.2. Corrupción, cohecho y soborno.....	288
1.3. Definición de cohecho.....	289
1.4. El bien jurídico protegido.....	289
1.5. Los medios de corrupción.....	291
a. <i>El donativo</i>	291
b. <i>La promesa</i>	292
c. <i>La ventaja</i>	293
d. <i>El beneficio</i>	294
1.6. Clasificación de los delitos de cohecho.....	294
1.7. Modificaciones incorporadas por Ley N.º 28353 a las figuras penales de la Sección IV Corrupción de funcionarios.....	296
2. El delito de cohecho pasivo propio.....	296
2.1. Características generales.....	297
2.2. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	298
2.3. Consumación y tentativa.....	305
2.4. Penalidad.....	306
3. El delito de soborno internacional pasivo.....	307
4. El delito de cohecho pasivo impropio.....	309
4.1. Características generales.....	310
4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	311
4.3. Penalidad.....	313
5. El delito de cohecho pasivo específico.....	314
5.1. La figura penal.....	315
5.2. Alta penalización y magistratura.....	315

5.3. Bien jurídico específico tutelado.....	316
5.4. Sujeto activo	316
a. <i>El magistrado</i>	316
b. <i>El fiscal</i>	317
c. <i>El perito</i>	317
d. <i>Miembro del tribunal administrativo</i>	317
e. <i>Cualquier otro análogo a los anteriores</i>	318
5.5. Sujeto pasivo.....	318
5.6. Comportamientos típicos.....	318
5.7. Elemento subjetivo	320
5.8. Comportamientos típicos.....	320
5.9. Consumación del delito y tentativa	320
5.10. Penalidad	320
6. El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales	321
6.1. La figura penal	321
6.2. Sujetos activo y pasivo.....	322
a. <i>Secretario judicial</i>	322
b. <i>El relator</i>	323
c. <i>El especialista</i>	323
d. <i>Auxiliar jurisdiccional</i>	323
e. <i>Cualquier otro análogo a los anteriores</i>	323
6.3. Comportamiento típico	324
6.4. Penalidad	324
6.5. Elemento subjetivo	325
6.6. Consumación y tentativa	325
7. El delito de corrupción activa	325
7.1. Características generales	326
7.2. Bien jurídico protegido	327
7.3. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	328
7.4. Consumación y tentativa	330
7.5. Penalidad	330

8. El delito de cohecho activo transnacional	331
9. El delito de cohecho activo específico	332
9.1. La figura penal	333
9.2. Bien jurídico específico protegido	334
9.3. Sujeto activo: autoría.....	334
9.4. Sujeto pasivo.....	335
9.5. Comportamiento típico	335
a. <i>Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo</i>	335
b. <i>El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia</i>	337
9.6. Elemento subjetivo	339
9.7. Consumación y tentativa	339
9.8. Corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (párrafo segundo del artículo 398º).....	340
9.9. Penalidad	341
10. Bibliografía de este capítulo	342

CAPÍTULO OCHO

Formas especiales de corrupción de funcionarios:

Interés indebido en negociaciones públicas, enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia (Artículos 399 al 401)

1. Introducción	347
2. Interés indebido en negociaciones públicas	349
2.1. Bien jurídico protegido	349

ÍNDICE

2.2. Aspectos de tipicidad objetiva y subjetiva	350
2.3. Penalidad	355
3. El delito de enriquecimiento ilícito.....	355
3.1. Características generales.....	356
3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva.....	359
3.3. Consumación y tentativa	364
3.4. Penalidad	365
4. Delito de tráfico de influencias	366
4.1. Características generales	366
4.2. Bien jurídico protegido	368
4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva	370
4.4. Consumación y tentativa	374
4.5. Penalidad	375
5. Bibliografía de este capítulo.....	375

GLOSARIOS

■ Glosario jurisprudencial en delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos	379
■ Glosario de términos jurídicos básicos en delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos	415
ÍNDICE ANALÍTICO	457

PRESENTACIÓN

La delincuencia funcional se ha convertido en uno de los más nutridos y variados renglones de la criminalidad en el Perú. Los funcionarios y servidores públicos, con prescindencia del nivel de su cargo y la naturaleza de sus funciones o del servicio desempeñado, mantienen relaciones generales y especiales de sujeción para con los enunciados de la Constitución, los valores de la administración pública y los cometidos de la función pública, teniendo el deber de garantizarlos y fomentarlos en el ámbito de sus atribuciones. El quebrantamiento de estas relaciones de sujeción y, en particular, la vulneración de las normas que imponen deberes de cumplimiento, aseguramiento y fomento de las funciones y servicios públicos, así como de los roles especiales asignados legalmente, configuran, en su lado más extremo, el mundo de la ilicitud penal. Toda acción ilícita funcional supone un quebrantamiento de deberes positivos a los que se halla sometido legalmente el sujeto público o la inobservancia consciente de incompatibilidades legales expresas.

El presente Manual analiza y explica sintéticamente todos los tipos penales que abarcan los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. A lo largo de sus ocho capítulos, se ocupa de los distintos ámbitos de la problemática que se derivan de los tipos penales funcionales (no obstante, se incorporan dos capítulos que son aplicables a todos

los delitos contra la administración pública). Su contenido no se limita, sin embargo, a la exposición teórica de tales institutos jurídicos, sino que se compagina con una visión práctica a través de una serie de supuestos y ejemplos extraídos, unos, de la jurisprudencia, y otros, de la práctica real diaria.

Uno de los méritos más importantes de la obra es que aborda todas las últimas reformas introducidas a la legislación en la materia y que han modificado sustancialmente los delitos funcionales (Leyes 28355, 29316, 29703, 29758, 30111, 30327 y 30364) durante los últimos cinco años.

Otro aspecto a destacar es la incorporación y el comentario de la más actual jurisprudencia sobre cada uno de estos tipos penales, incluyendo sendos acuerdos plenarios y toda la jurisprudencia vinculante emitida hasta el momento. Estas se incluyen junto al análisis de cada tipo.

Finalmente, se incorporan dos glosarios muy importantes para la labor práctica: uno jurisprudencial y otro de términos jurídicos más utilizados en este tipo de delitos.

Diciembre de 2015

CAPÍTULO UNO

DOGMÁTICA
PENAL APLICADA

a los delitos cometidos por funcionarios
contra la administración pública

1. Introducción

El concepto de dogmática aplicada a la parte especial del Código Penal peruano, en particular a los delitos funcionales, la utilizamos para hacer mención al empleo de un conjunto de conceptos fundamentales orientadores de la interpretación de los tipos penales o figuras delictivas recogidas en cada *nomen iuris* o ítem clasificatorio de los delitos que contiene el Código Penal. Así, se puede hablar de dogmática de los delitos contra la vida, dogmática de los delitos contra el patrimonio o de los delitos societarios, o, en nuestro particular caso, de la dogmática de los delitos contra la administración pública que forman parte ya de los presupuestos jurídicos argumentativos.

El presente estudio de los delitos funcionales nos lleva necesariamente a tener que esbozar, previamente, algunas consideraciones expositivas referidas a las características de la política penal (criminal) peruana en materia de delitos contra la administración pública y sobre las posibilidades de *lege data* (actualmente) de su reforma. Igualmente se efectúa un breve resumen expositivo de temas variados de suma importancia justificatoria e interpretativa para adentrarnos en el estudio rápido de los delitos funcionales atribuidos a los funcionarios y servidores públicos.

2. La política penal peruana y los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública

Como es normal en toda sociedad, el Estado, construcción jurídica que concentra y monopoliza el poder político, elabora diseños de política penal (política criminal) frente a la delincuencia, con la finalidad de eliminarla, reducirla o, más sensatamente, controlarla bajo estándares de mínima lesividad. Estos diseños de política criminal se viabilizan a través del **derecho penal**, del **derecho procesal penal** y del **ámbito penitenciario**, sin que ello signifique en exclusividad que el interés del Estado, en la lucha contra la delincuencia, se reduzca a estos tres órdenes formales normativizados, puesto que es su deber producir transformaciones positivas en las anomalías que presentan las bases económicas, sociales y culturales (incluido aquí las relaciones e interacciones políticas y de los políticos), que directa o indirectamente propician o fomentan el delito.

Estos tres sectores del derecho, de la ciencia del derecho penal, se sistematizan para que el Estado cumpla con los fines de perseguir la delincuencia, de brindar seguridad a la colectividad y de permitir también la “rehabilitación” y reintegración del condenado al entramado social, en el marco general de la defensa del individuo y la sociedad, como bien enfatiza el artículo I del Título Preliminar del Código Penal¹, línea programática y directriz que define las características y finalidades supremas del ordenamiento punitivo, en conformidad a los enunciados constitucionales y las inserciones respectivas en el orden jurídico internacional occidental.

1 *Código Penal, artículo I del Título Preliminar*: “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad”.

En el específico ámbito del derecho penal, la política criminal (o más adecuadamente, la política penal del Estado), desde 1991 hasta la actualidad, presenta cuatros escenarios bien definidos que globalizan las estrategias del Estado frente a la delincuencia funcional propia de los delitos contra la administración pública:

- a) Un primer escenario caracterizado por la vigencia de una relativa y discutible política penal fragmentaria, de *ultima ratio* y mínima intervención, que se aprecia al **momento de la entrada en vigencia del Código Penal (1991), hasta el año 2004**, periodo en el cual se van produciendo reformas de mejoramiento de redacción en la normativa de los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública, sin tocar aspectos de criminalización y punición, y que llega a incidir incluso en aspectos de mínima intervención (así, los filtros de tipicidad “aplicación definitiva” y “afectación a la función”, incorporados en el delito de malversación de fondos, en el año 1999), con la excepción de la incorporación de agravaciones de pena para el peculado artículo (artículo 387º) y la malversación de fondos (artículo 389º) por razón del destino de los caudales apropiados o malversados.
- b) Un segundo escenario que acentúa la injerencia político criminalizadora y punitiva, a partir sobre todo de la **gran reforma producida en el año 2004**, al asumir casi integralmente las propuestas del Ministerio Público, y que se expresara con la dación de la Ley N.º 28355 (octubre del 2004), que sobrecriminalizó el cohecho pasivo y activo, el tráfico de influencias y

modificó significativamente las fórmulas legales del enriquecimiento ilícito y del delito de negociación incompatible, además de incrementar penas. Este escenario, también supuso extraer y erradicar del Código Penal un tipo penal técnicamente insostenible y jurídicamente desproporcionado, que a través del artículo 398º-A y sus efectos 398º-B, criminalizaba al abogado que ejecutaba actos de soborno sobre funcionarios del sistema de justicia penal y lo inhabilitaba de por vida (cancelación del título tanto en el Distrito judicial donde registró su título, en el colegio de abogados y en la universidad que le expidió el título de abogado, bajo términos perentorios y rápidos).

- c) Un tercer escenario es el propiciado por la **Ley N.º 29703** (junio del 2011) y la **Ley N.º 29758** (julio del 2011). La primera afectó principalmente los marcos de pena privativa de libertad, incrementándolos aunque no muy significativamente, en los delitos de abuso de autoridad (artículo 376º), colusión (artículo 384º) y peculado doloso y culposo (artículo 387º). En el caso del peculado de uso (artículo 388º), precisó que el límite mínimo de la pena privativa de libertad es de dos años. De otro lado, resulta acertado que se haya trabajado un agravante en el peculado en función del monto afectado. Así, si el valor del patrimonio afectado supera las 10 UIT la pena será entre 8 y 12 años. Asimismo, incorpora una modalidad de soborno internacional no tipificada anteriormente (artículo 393º-A).

CUADRO N.º 1
DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS O
SERVIDORES PÚBLICOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 Cuadro de caracterizaciones de diseño y técnica de redacción legislativa

- | | |
|---|--|
| <p>A. Tipos penales (delitos) funcionales que conservan únicamente tipo básico</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377º). 2. Delito de denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378º). 3. Nombramiento y aceptación ilegal del cargo público (artículo 381º). 4. Concusión (artículo 382º). 5. Exacción ilegal (artículo 383º). 6. Colusión (artículo 384º). 7. Patrocinio ilegal (artículo 385º). 8. Retardo injustificado de pago (artículo 390º). 9. Rehusamiento a la entrega de bienes (artículo 391º). 10. Soborno internacional pasivo (artículo 393º-A). 11. Cohecho activo transnacional o internacional (artículo 397º-A). 12. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo (artículo 399º). |
| <p>B. Tipos penales (delitos) funcionales que han sido diseñados como figuras delictivas atenuadas</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Peculado de uso (artículo 388º). |

- | | |
|--|--|
| <p>C. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con una sola agravante o modalidad agravada</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Abuso genérico de autoridad (artículo 376º). 2. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (artículo 376º-B). 3. Delito de denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378º). 4. Abandono de cargo (artículo 380º). 5. Colusión simple y agravada (artículo 384º). 6. Malversación de fondos (artículo 389º). 7. Cohecho pasivo impropio (artículo 394º). 8. Cohecho pasivo específico (artículo 395º). 9. Cohecho activo genérico (artículo 397º). 10. Tráfico de influencias (artículo 400º). 11. Enriquecimiento ilícito (artículo 401º). |
| <p>D. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con varias agravantes</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Cohecho pasivo propio (artículo 393º), que ha sido construido con un tipo básico y dos modalidades agravadas. |
| <p>E. Tipos penales (delitos) funcionales que poseen un tipo básico con circunstancias agravadas y atenuadas</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Peculado (artículo 387º), que integra en un mismo tipo penal las modalidades dolosa y culposa, así como agravantes de peculado doloso y peculado culposo. 2. Cohecho activo específico (artículo 398º), que integra en un mismo tipo penal un tipo básico, una modalidad atenuada y una modalidad agravada. |
| <p>F. Tipos penales funcionales que han sido contruidos con base a la técnica de extensión de tipicidad</p> | <ol style="list-style-type: none"> 1. Colusión y patrocinio ilegales extensivos o impropios (artículo 386º). 2. Peculados y malversación de fondos extensivos o impropios (artículo 392º). 3. Cohecho pasivo de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396º). |

- | | |
|---|---|
| G. Tipos penales funcionales que incorporan elementos procesales en su tipicidad | <ol style="list-style-type: none"> 1. Enriquecimiento ilícito (artículo 401º). |
| H. Normas penales complementarias de contenido procesal | <ol style="list-style-type: none"> 1. Decomiso de los donativos, dádivas o presentes (artículo 401º-A). 2. Destino de los bienes decomisados o incautados (artículo 401º-B). |
| I. Tipos penales que incorporan sanciones de multa | <ol style="list-style-type: none"> 1. Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377º). 2. Nombramiento o aceptación ilegal (artículo 381º). 3. Concusión (artículo 382º). 4. Colusión (artículo 384º). 5. Peculado doloso y culposo (artículo 387º). 6. Peculado de uso (artículo 388º). 7. Malversación (artículo 389º). 8. Cohecho pasivo propio (artículo 393º). 9. Soborno internacional pasivo (artículo 393º-A). 10. Cohecho pasivo impropio (artículo 394º). 11. Cohecho pasivo específico (artículo 395º). 12. Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396º). 13. Cohecho activo genérico (artículo 397º). 14. Cohecho activo transnacional (artículo 397º-A). 15. Cohecho activo específico (artículo 398º). 16. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399º). 17. Tráfico de influencias (artículo 400º). 18. Enriquecimiento ilícito (artículo 401º). |

- d) Un cuarto escenario es el que se produce luego de la **Ley N.º 30111** (noviembre del 2013). Esta norma recoge la propuesta de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción de la Presidencia del Consejo de Ministros, incorporando la pena de multa para los delitos de corrupción que revisten mayor gravedad e incidencia como son concusión, peculado (en sus modalidades dolosas), colusión desleal, malversación de fondos, cohecho en sus distintas formas—incluida la de carácter internacional—, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

El Cuadro N° 1 nos presenta el estado actual de los treinta y cuatro delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra la administración pública, a partir de la reforma del 2004, en donde podemos apreciar las distintas caracterizaciones de diseño y técnica de redacción legislativa.

3. Imperfecciones y anomalías en la normativa legal vigente

Luego de transcurridos ya más de dos décadas de vigencia del Código Penal, y tomando en cuenta además las modificaciones y reformas practicadas en los diseños originales, así como las incorporaciones efectuadas, es de resaltar las siguientes imperfecciones y anomalías en la normativa legal vigente en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública:

- a) Sigue constituyendo el **delito de abuso genérico de autoridad** (artículo 376º) un tipo penal que **no guarda proporcionalidad punitiva** con la canti-

dad y calidad de injusto penal de su comportamiento típico. Al consistir la producción dolosa de actos arbitrarios afectaciones a los derechos fundamentales y legales de los individuos y colectivos sociales, se torna imperioso regular mejor la determinación legal o abstracta de la pena, por parte del legislador, máxime si se toma en cuenta que en un Estado constitucional de Derecho resulta inadmisibile el ejercicio de poder abusivo por parte de los funcionarios y servidores públicos. Se torna igualmente necesario matizar el destino del abuso mediante acto arbitrario, de forma que haya que distinguir en el mismo tipo penal abusos dirigidos contra los derechos fundamentales del ciudadano como contra los derechos en general para incluir a los propios funcionarios o servidores públicos que resulten afectados.

- b) Sigue llamando la atención que aún se mantenga en los tipos penales especiales de infracción de deber **terminologías desusadas** tales como “**emolumentos**” (artículo 383º, delito de exacción ilegal; artículo 401º, enriquecimiento ilícito), “**caudales o efectos**” (artículo 387º, delito de peculado), sustantivos que, sin embargo, poseen importancia decisiva pues definen el objeto material de la acción ilícita que practica el agente infractor.
- c) Es notoria la **imperfección** de la conducta típica atribuida en la norma al **traficante de influencias** (artículo 400º: “El que, invocando o teniendo influencias”), lo que contrasta con la práctica de dicho comportamiento en el cual, por lo general, se acude

al agente del delito para convencerle o pedirle, mediante acto corruptor, que haga uso de sus influencias.

4. El principio de legalidad penal y tipos penales funcionales

Tal como sucede con la totalidad de delitos recogidos en el Código Penal, **la vigencia del principio de legalidad**, en sus expresiones *lex certa* y *lex stricta*, **resulta invocable en toda su expresión**. Por un lado, solo los comportamientos que se hallen expresamente establecidos en los tipos legales serán objeto de persecución penal y, por otro, no es posible romper los contenidos y diques de significación literales que brindan los tipos legales efectuando interpretaciones antojadizas que se salen del ámbito de determinación cognoscitiva de la norma penal, es decir, que cuando los tipos penales describen acciones u omisiones mediante el uso del lenguaje, bajo rangos de una aceptable determinación jurídico conceptual o de una relativa y razonable indeterminación racional de los alcances de su significado penal, es deber del operador jurídico ajustar sus valoraciones de tipicidad al principio de legalidad y no extraviar los usos y prácticas de la interpretación para forzar subsunciones típicas que satisfagan intereses políticos, mediáticos o de presión múltiple.

En la primera orientación (*lex certa*) puede que existan conductas conflictivas y de lesividad material que no han sido recogidas en los tipos penales. El derecho punitivo, frente a ellas, carece de legitimidad para ingresar a imputar, procesar y penalizar.

CASUÍSTICA

Si un funcionario acepta o recibe donativos desvinculados del ámbito específico de sus atribuciones o competencias, sin que ello pueda ser visto tampoco como tráfico de influencias, no es posible calificar su conducta como delito de cohecho pasivo (artículos 393º o 395º). En efecto, para que se configure este delito, se hace necesario (mandato de determinación) que el medio corruptor “donativo” haya formado la voluntad funcional del agente público, que él explique el acto funcional. En el ejemplo dado, el donativo carece de las exigencias que el delito de cohecho pasivo requiere para configurarse. Tal supuesto carece de interés para el derecho penal, lo cual no impide que tal conflicto sea visto desde la esfera del derecho administrativo o disciplinario, dada la prohibición general que existe en estos ámbitos para el funcionario y servidor público de recibir donativos.

En la segunda línea de interpretación, **es erróneo considerar como autor de delito de peculado al particular que tiene poder de hecho** sobre un sector de la administración pública (piénsese en la esposa de un alto funcionario que fundado en ese poder se “apropia” de bienes públicos). Asimismo, es erróneo, por forzado, considerar que cualquier funcionario o servidor público puede ser autor de este delito, obviando tomar en cuenta que en él no se da la posesión con el caudal, por razón del cargo, y privilegiando un cierto poder de facto sobre el caudal.

Es importante enfatizar también que los tipos funcionales constituyen un espacio de construcción legislativo en el cual se ha abusado del empleo de tipos indeterminados.

EJEMPLO

Veamos, por ejemplo, los casos de los delitos de abuso genérico de autoridad (artículo 376º) y de enriquecimiento ilícito (artículo 401º). En el primer delito, la presencia de las palabras “acto arbitrario” y “perjuicio a alguien” dan cuenta de ello. En el segundo delito, la frase “incrementa ilícitamente su patrimonio” utiliza un resultado en núcleo fáctico para configurar delito.

La Constitución Política, en el artículo 2º, numeral 24, literal “d”, señala que los comportamientos tienen que hallarse expresa e inequívocamente descritos en el tipo legal. No obstante, en la práctica, este mensaje de taxatividad que plantea la Constitución es de imposible cumplimiento porque si queremos construir tipos penales taxativos, específicos, que no se presten a duda, lo único que podríamos lograr es redactar casuísticamente comportamiento tras comportamiento, con lo cual generaríamos códigos inmanejables y fácilmente evadibles por el infractor, dada la compleja gama de comportamientos cruzados que pueden producirse y la irrupción de nuevas modalidades de delincuencia.

Cuando la Constitución precisa que las conductas tienen que estar expresa e inequívocamente descritas en la norma penal, está exigiendo un muy alto contenido de determinación que en la práctica es muy difícil de obtener cuando se construyen tipos penales. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia han señalado en este punto que **los tipos penales** (los delitos) **deben contener cierto margen flexible y razonado de indeterminación**, con el objetivo de que puedan ingresar en el tipo penal una serie de comportamientos que de otra forma saldrían de los alcances de la descripción típica. En suma, si bien una taxatividad de acuerdo a la exigencia constitucional no es posible, debe de quedar,

no obstante, presente la idea constitucional de que el comportamiento debe ajustarse lo más posible a cierta precisión.

5. El principio de lesividad y tipos penales funcionales

El principio de lesividad de los comportamientos delictivos implica que todos los comportamientos que están recogidos, a título de delitos, en el Código Penal tienen que **vulnerar intereses protegidos por el derecho penal** o en su defecto deben ponerlos en peligro. El principio de la lesividad del derecho penal pone de manifiesto así que solo los comportamientos que trascienden la esfera de la simple afectación formal, es decir, comportamientos que producen lesión en el bien jurídico “administración pública”, merecen estar incorporados en el Código Penal. Los comportamientos que tienen escasa dañosidad social, o no llegan a poner en peligro los intereses específicos tutelados en la tesitura amplia del bien jurídico “administración pública”, pertenecen a otros ámbitos y no ingresan al campo del derecho penal. El principio de lesividad permite así darle contenido a la fragmentariedad del derecho penal y al principio de subsidiariedad que guían la lógica de la injerencia punitiva.

La **lesividad** se entiende como la **afectación o vulneración de los intereses protegidos por la administración pública**, mediante el comportamiento activo u omisivo del funcionario o servidor público. Esta vulneración tiene que consistir en una afectación considerable que permita diferenciarla cuantitativa y cualitativamente de las infracciones administrativas. Vulneración que no en todos los casos va a significar afectación material al bien jurídico, pues llega a satisfacerse con su sola puesta en peligro, en tanto se penaliza ya el nivel de tentativa del delito y

se criminalizan y sancionan tipos delictivos de peligro abstracto y concreto.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Ahora bien, como la facultad punitiva del Estado solo puede operar en tanto medie la afectación de un bien jurídico tutelado en el ordenamiento penal, ya sea por lesión o puesta en peligro, es pertinente entonces recordar que **el concepto de bien jurídico no corresponde a la noción de objeto material del delito**. En efecto, a pesar de que se han propuesto varias definiciones acerca de lo que constituye un bien jurídico, hay una mayoritaria posición en el sentido de que el resultado consiste en la lesión de un determinado objeto, el cual se denomina “objeto de la acción” y no debe confundirse con el “objeto de protección o bien jurídico”, como se puede apreciar con facilidad en el delito de homicidio, en el que el bien jurídico es la vida y el objeto material es el sujeto pasivo de la agresión. Lo anterior, sin embargo, no implica que apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta.

» Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria del 18 de julio de 2011, R. N. N.º A. V. 23-2001-09, f. j. 37.

6. Delitos funcionales en los cuales el extraneus no puede consumir el delito

Una de las características que le confieren naturaleza propia a los delitos funcionales es el estar contruidos legislativamente para un determinado grupo de autores, sin posibilidad alguna de que otros puedan cometer el delito, pese a que sus aportes fácticos sean decisivos o determinantes.

CASUÍSTICA

Por más que un particular dé su nombre para ser titular de bienes o para que con él se registren propiedades a su nombre, no podrá cometer delito de enriquecimiento ilícito, pues tal calidad de sujeto activo solo está reservada en la ley penal (y en este delito también en la Constitución Política) para el funcionario y servidor público; otro ejemplo, igual de ilustrativo, es el del delito de prevaricato, en el cual la calidad de autor incluso llega a restringirse en exclusividad al funcionario que toma la decisión, estando el servidor público u otra persona que elabora el dictamen o sentencia imposibilitados de ser considerados autores de dicho delito.

Solo el autor especial es quien consume o realiza jurídicamente el delito, siendo en este punto irrelevante para los efectos penales de determinar la autoría o coautoría que el particular o servidor público dominen el hecho o sean quienes ejecutan el delito.

Esta particularidad marca una línea de frontera bastante clara para diferenciar los delitos de dominio de los de infracción de deber (en estos últimos se ubican los delitos funcionales).

7. Delitos en los que el *extraneus* ocupa roles secundarios de cómplice o instigador, nunca de autor o coautor

En concordancia con el ítem anterior, la calificación de los aportes desarrollados por el *extraneus* en la generación de un delito de función cometido por funcionario o servidor público solo será a título de **partícipe cómplice** o **partícipe instigador**, dependiendo de cuál sea la naturaleza de su contribución en el delito. El proceso penal de valoración será conforme a lo dispuesto en los artículos 24º y 25º del Código Penal, que llega a

comprender aspectos de determinación de pena bajo principios de responsabilidad por el aporte y proporcionalidad de la respuesta punitiva:

- Que un *extraneus* haya sido condenado como autor o coautor de algún delito funcional supondrá un caso de aplicación errónea de la tesis de los delitos de infracción de deber y, por lo mismo, una afectación al principio de legalidad.
- Que un *extraneus* haya sido condenado como tal (como partícipe cómplice o como partícipe instigador), sin que se hayan individualizado los aportes del autor del delito funcional, supondrá también ello una grave anomalía del sistema de justicia penal, que afecta el debido proceso y el principio de legalidad.
- Que en la decisión judicial se haya considerado que el *extraneus* consuma el delito por sí solo o conjuntamente con el funcionario o servidor público, nos colocará igualmente ante a una decisión desafortunada y carente de sentido dogmático penal.

8. El control penal, administrativo y disciplinario de las infracciones en el ámbito de los delitos funcionales

El mundo de la “administración pública” define un complejo entramado de interacciones que toma al servicio a la nación como su finalidad fundamental, conforme lo tiene estipulado así el artículo 39º de la Constitución Política, objetivo trascendente o destino final que da razón de la existencia del Estado y que legitima su condición jurídica.

Los delitos de infracción de deber en el sector de la administración pública configuran ámbitos de ilicitud penal que llegan a concitar confluencias en una línea de continuidad, no siempre optimizada, entre los roles del **Sistema Nacional de Control** y el **sistema de justicia penal**. Confluencia que, presentándose extraproceso, pierden su protagonismo una vez iniciado la investigación fiscal o judicial. Pero también le corresponde al control interno, de cada repartición pública, siendo de naturaleza disciplinaria, esbozar y tender líneas de prevención de comportamientos antifuncionales

El marco de abordamiento penal de los quebrantamientos funcionales, conforme a la tradición penal liberal, se halla revestida de los **principios rectores de fragmentariedad, *ultima ratio* y mínima intervención**, guías de interpretación de la norma penal que se activan con marcada fuerza cuando en la base de los hechos de relevancia penal se encuentran actos administrativos que le dan origen. Estos principios, en la era de las incertidumbres y las nuevas lecturas traídas consigo por la posmodernidad y el auge desmesurado de la criminalidad también funcional, han comenzado a ser revisados, sin desmedro de dejar anotado que la práctica político criminal de varios Estados pareciera desoír tales parámetros de racionalidad impuesta por el discurso favorable al *ius punendi* estatal.

El control penal de las infracciones funcionales al interior de la administración pública comprende así un delimitado bloque de comportamientos que han rebasado los filtros de la relevancia administrativa, ya sea por haber superado el baremo de la negligencia, por definición no dolosa ni intencional, como por haber roto los diques de la *ultima ratio* y la fragmentariedad penal. Precisamente, en el marco de la fragmentariedad y la *ultima*

ratio el control penal actúa como la medida extrema y necesaria para recomponer el tejido normativo social quebrantado por el comportamiento infractor del agente, permitiendo la actuación del control administrativo-disciplinario que se actúa inmediatamente de suceder ilícitos que toman su base en quebrantamientos de normas jurídicas (de diversa gama) vinculantes por parte del sujeto público para cubrir tanto ilícitos de estricta base disciplinaria como también para dar cuenta de delitos funcionales de bagatela o de mínima entidad.

EJEMPLO

Piénsese, por ejemplo, en este último caso, de la utilización de fotocopadoras, computadoras, automotores, que no llegan a cubrir las exigencias de tipicidad de un peculado de uso, o apropiación de caudales en cantidades nimias; lo mismo ocurre en el caso de enriquecimientos poco significativos.

9. El derecho disciplinario

La importancia que va tomando el **derecho disciplinario**, en tanto una de las variedades o expresiones del derecho sancionador del Estado (o *ius punendi* estatal) al interior de las entidades públicas, amerita que sobre él efectuemos algunas precisiones. El derecho administrativo sancionador, en general, y el derecho disciplinario en particular, se han mantenido en tiempo reciente al margen de las garantías del derecho punitivo. No existía derecho a la defensa, la persona o el funcionario que era llamado a declarar por lo general iba sin abogado, los documentos no estaban firmados o suscritos por funcionarios públicos, el principio de tipicidad no se cumplía a cabalidad, el marco de

las imputaciones eran imprecisas, así como no había respuesta de la entidad a las absoluciones que planteaban los investigados; por lo demás, se carecía de una instancia contradictoria y de la vigencia del principio de igualdad de armas.

En la actualidad, no obstante, el procedimiento disciplinario se va acercando cada vez más —pese a las resistencias internas— a las garantías del debido proceso que se aplican en el ámbito penal. Esto se aprecia en el elenco de principios entronizados en los nuevos reglamentos disciplinarios vigentes de control interno del Ministerio Público y del Consejo Nacional de la Magistratura, el Proyecto de Reglamento de la OCMA y la normativa disciplinaria que rigen las conductas infuncionales en las diversas instancias de la administración pública (Policía Nacional, órganos del gobierno central, etc.). La Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, no obstante cubrir en líneas generales la materia del proceso administrativo, ya adelanta la vigencia de importantes principios del debido proceso. La importancia de los principios que trae consigo la Ley N.º 27444 en su título preliminar reside en que pueden ser tomados en cuenta para aplicarlos al trabajo de control interno. Incluso la Ley de Control Nacional de la Contraloría se guía ya por principios en su Ley General.

Son **características del derecho disciplinario**:

- a) **Ser sancionador y correctivo**, es decir, tiene por finalidad sancionar, corregir y optimizar el ejercicio de la administración pública.
- b) **Ser por naturaleza reglado**, es decir, las infracciones y sanciones tienen que hallarse preestablecidas. No pueden estar sometidas a la discrecionalidad del

analista o del funcionario contralor. El problema, sin embargo, es que las infracciones disciplinarias son, por lo general, de carácter indeterminado. Así, cuando se dice que el comportamiento del funcionario ha puesto en tela de juicio la confianza pública en el cargo, esa afirmación es una norma indeterminada, su contenido no está cerrado. Casi todos los estatutos específicos de las reparticiones públicas mantienen esa indeterminación, siendo este un tema que hay que superar.

- c) El proceso disciplinario **es de naturaleza interna**, es decir, no está sometido al principio de publicidad ni se hace con audiencia abierta ni pública, al cautelarse intereses inherentes de la administración pública.

El derecho disciplinario es un derecho abierto a las nuevas formulaciones, no es un derecho terminado. Ello explica la descripción, por lo general, genérica de ciertas infracciones. El derecho constitucional y el derecho penal constantemente están enviando principios o normas de interpretación para el ámbito disciplinario.

10. El dolo penal en los delitos funcionales: líneas de demarcación de la relevancia administrativa y penal de las infracciones funcionales

El dolo no es un elemento del delito que deba ser investigado en exclusividad por el juez al momento de establecer juicios de valor de inocencia o culpabilidad. Se trata de un componente esencial que integra el comportamiento delictivo llevado a cabo,

en grado de consumación o tentativa, por el funcionario involucrado en un delito funcional. Tal reconocimiento se deriva de lo indicado por el ordenamiento jurídico en el artículo 12º del Código Penal, que señala que son “delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. De ello se colige que la presencia de dolo en el comportamiento imputado conlleva una operación de análisis ineludible por parte del fiscal penal y antes de él por el funcionario contralor, a efectos de emitir juicios de valor acerca de su presencia en tal o cual delito presumiblemente cometido por el sujeto público.

Analizar el dolo supone ya advertirlo desde el inicio de la infracción, cuando se detectan hallazgos que quiebran la normativa administrativa y que la rebasan. Este primer nivel de análisis, por lo general, corresponde de modo concentrado a los órganos de control administrativo, pero también al fiscal penal, cuando, formulada la denuncia, esta no ha ido acompañada de acción de control institucional. Es un estándar ideal que sin embargo no es una constante en el trabajo de los operadores jurídicos.

Se requiere en este punto, una vez detectada la deficiencia en el análisis del dolo, adecuar las precogniciones de los funcionarios de control o de investigación policial-fiscal a la teoría finalista del delito que impuso, correctamente en términos dogmáticos (científicos), la tesis que **el dolo forma parte de la acción o en definitiva del hecho típico**. Como consecuencia, de no haberse diagnosticado adecuadamente su presencia en el supuesto fáctico denunciado, se confiere a la causa penal visos de difícil pronóstico de éxito en los fueros fiscal-judiciales, dado que en estas esferas tanto fiscales y jueces (los operadores que deciden), especialistas, secretarios o asistentes (los que estudian y proponen el caso), al enfatizar el valor de la prueba preconsti-

tuida, consideran que los informes deben contener valoraciones integrales de todos los componentes del hecho típico y no solo (o en su absoluta mayoría) datos descriptivos.

La tendencia casi absoluta que se aprecia en la inmensa mayoría de los informes especiales de **no someter a análisis inicial el aspecto subjetivo del delito**, dándole por implícito o considerando que forma parte natural del comportamiento material, **trae como consecuencia el no destacar ni determinar elementos indiciarios** que orienten sobre la **presencia de dolo en el comportamiento del agente**. Esto aporta indeseables cuadros de falta de seriedad en el análisis, pues se presentan datos u hallazgos en tanto resultados objetivos, a título de delito, lo cual constituye un error de apreciación que confunde la infracción administrativa con la de contenido penal, en donde si no hay dolo en el agente no hay nada de interés para el Derecho penal, salvo los contados casos de comportamiento culposos.

Esto último da cuenta de varias resoluciones fiscales a nivel provincial y superior de no haber mérito para formular denuncia o resoluciones judiciales que archivan, sobresean o absuelven por falta de dolo, no argumentado por el órgano contralor ni investigado por el fiscal. En estos casos, si bien la labor del procurador que efectúa la denuncia y participa en las diligencias ulteriores del proceso puede subsanar en parte las carencias de argumentación del informe especial, **tiene la desventaja de ser la argumentación del abogado** que efectúa una lectura de interpretación sobre los hechos presentados en el informe gubernamental de carácter técnico validado legalmente por la tesis de la “prueba preconstituida”, lo que en la práctica, para la valoración fiscal y judicial —en una inadecuada estimación, por cierto— tiene un *minus* de fuerza indicante.

En conclusión, debemos concebir al dolo como una voluntad y conocimiento que impulsa y dirige el acontecer material durante todo el proceso ejecutivo del delito, que nos permite distinguir entre comportamientos desviados imprudentes de los intencionales, que pudiendo manifestarse en forma directa o de propósito, de modo eventual o de aceptación y complacencia. El dolo tiene que ser detectado, evaluado y expuesto argumentativamente ante el fiscal al presentar jurídicamente el caso en los “fundamentos de derecho” que forman la parte del sustento jurídico dogmático de los informes.

11. Los informes de control de las entidades públicas

Los informes de control que centralizadamente emite la **Contraloría General de la República** y los informes de control interno que producen las diversas entidades públicas tienen un gran valor para brindar información acerca de la comisión de irregularidades administrativas y de contenido penal cometidas por funcionarios y servidores públicos. De su contenido valorativo sobre los hallazgos obtenidos y la información precisa que se brinde al fiscal en lo penal de las infracciones a las normas que supongan quiebre doloso de deberes, por parte de dichos sujetos públicos, dependerá mucho el éxito de la causa en el terreno del juicio penal.

Los informes de control no pueden reducirse a una suma de hallazgos y datos que marcan irregularidades administrativas o que solo suponen infracción a normas administrativas. Constituye responsabilidad de la Contraloría y de los órganos descentralizados de control efectuar la labor de análisis y filtro de dicha información a partir de las exigencias de la normas penales, esto es, no reducirse a la labor de diagnosticar anomalías sin calificarlas, o calificarlas sin tomar en cuenta a los estándares de valora-

ción jurídico-penales. Ello supone, como es obvio, reajustes en la gestión de la información que administra la Contraloría, a fin de poder obtener los resúmenes funcionales de valor jurídico-penal de la gran cantidad de información que reportan sus informes.

Los auditores deben estar asistidos por abogados penalistas antes de emitir sus informes. Se requiere un núcleo ágil y profesionalizado de analistas penales al interior de la Contraloría, que estructuren y presenten el caso antes de ser ingresado por los procuradores al sistema penal. Son dos focalizadas líneas de acción que posibilitará hacer de los informes de control herramientas probatorias que no se pierdan en las exigentes sinuosidades de la argumentación procesal penal.

Si bien los informes técnicos que elaboran la Contraloría y otras entidades públicas no constituyen prueba determinante para la culpabilidad del agente, pueden ayudar a configurar o acreditar la comisión del hecho típico delictivo, si es que se hallan rodeados de la debida fundamentación jurídica y correcta presentación de los hallazgos.

De otro lado, así como los informes de control no son prueba determinante, pese a su importancia, son obstáculo para iniciar o continuar la investigación penal y el juicio. Es decir, su ausencia —al no ser requisito de procedibilidad o perseguibilidad penal— no limita al fiscal de formular su acusación con los elementos probatorios que este funcionario haya acopiado.

La **Corte Suprema** ha establecido que el informe especial de control, por ser emitido por una institución oficial e independiente, goza de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia por lo cual solamente puede ser afectado o desvirtuado por prueba que tenga el valor de prueba suficiente y que posea eficacia jurídica categórica.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

7. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados ‘Informes Especiales’—, que gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

» Acuerdo Plenario N.º 2-2007-CJ/116, de 16 de noviembre del 2007, f. j. 7.

El valor procesal y probatorio de los informes de control se restringe a ser prueba preconstituida, útil para iniciar la investigación penal, aunque no imprescindible para iniciarla, pero insuficiente para justificar un fallo de culpabilidad. Esto significa que la labor de persecución del delito deberá ir acompañada de otros elementos de prueba que le otorguen fuerza y mayor consistencia probatoria al informe institucional.

Recientemente, la Ley N.º 30214 (de 29 de junio del 2014), ha incorporado el artículo 201º-A al Código Procesal Penal, precisando la naturaleza de los informes de control de la Contraloría General de la República. El texto de este artículo es el siguiente:

Nuevo Código Procesal Penal

ARTÍCULO 201º-A. Informes técnicos oficiales especializados de la Contraloría General de la República. Los informes técnicos especializados elaborados fuera del proceso penal por la Contraloría General de la República en el cumplimiento de sus funciones tienen la calidad de pericia institucional extraprocesal cuando hayan servido de mérito para formular denuncia penal en el caso establecido por el literal b) del inciso 2 del artículo 326 del presente Código o cuando habiendo sido elaborados en forma simultánea con la investigación preparatoria sean ofrecidos como elemento probatorio e incorporados debidamente al proceso para su contradicción.

La respectiva sustentación y el correspondiente examen o interrogatorio se efectúa con los servidores que designe la entidad estatal autora del informe técnico.

Cualquier aclaración de los informes de control que se requiera para el cumplimiento de los fines del proceso deberá ser solicitada al respectivo ente emisor.

El juez desarrolla la actividad y valoración probatoria de conformidad con el inciso 2 del artículo 155º y el inciso 1 del artículo 158º del presente Código.

Considerando la naturaleza probatoria de los informes de control, antes expuestos, es que se deberían citar a los auditores en un proceso penal no en calidad de testigos técnicos sino, por el contrario en su calidad de peritos, sin que ello signifique que la referida prueba deba regularse jurídicamente por las normas procesales de la pericia; más aún, dado el carácter técnico oficial institucional del informe de control, la sustentación del informe debería también ser realizada, excepcionalmente, por cualquier funcionario competente de la institución en caso que los auditores que inicialmente suscribieron el informe estuviesen imposibilitados de concurrir a las diferentes audiencias del juicio oral.

12. Una mirada a los delitos funcionales desde los principios del proceso penal acusatorio

El auge del sistema acusatorio en el mundo occidental, que sepulta los fragmentos y restos del ahistórico modelo inquisitivo, que todavía, en la fecha, domina amplios sectores de la jurisdicción penal en el país, marca una de las características más visibles y notables del pensamiento penal.

La expansión cada vez más notoria, ya en términos sustantivos o materiales, de los principios, reglas y procedimientos del debido proceso, la confluencia en un solo bloque dogmático de interpretación de garantías con base a la teoría de los derechos humanos fundamentales que inspiran el sistema penal, ineludiblemente han cambiado la perspectiva del sistema de control penal así como en general amenazan —positivamente— con cubrir la dinámica y las prácticas de los órganos de control gubernamental estatal y la siempre tan sensible labor policial en la investigación del delito.

Tópicos tan irreductibles como la fuerza de la **“prueba preconstituida” de los informes sectoriales**, la ausencia de principios rectores en la búsqueda de hallazgos y en el actuar de los funcionarios de control, la imposibilidad de objetar adversarialmente el contenido de los informes mediante la asistencia a juicio de los auditores y personal que elaboró dichos documentos, al igual que de los oficiales que redactaron el informe policial, son ya hoy posibilidades regladas o puestas al análisis en los códigos procesales penales de corte acusatorio. Así, los criterios de objetividad y coherencia adquieren cada vez más fuerza hasta constituirse en imperativos.

Esta serie de cambios, focalizados en la labor de investigación del delito y sus circunstancias, ha permitido hacer del fiscal un investigador social, guiado por el principio de objetividad en el recojo de evidencias y en su relación con los elementos probatorios de las otras partes, los que deben ser objeto de valoración por el representante del Ministerio Público para definir sus requerimientos. Ha conjugado también un sistema de justicia penal con poderes estratificados que ha roto el monopolio del juez.

La rapidez de los juicios y la no intoxicación procesal con la que actúa el juez penal de fallo, al momento de tomar conocimiento de las versiones de las partes procesales, posibilita dar forma con mayor contundencia y asegurar la vigencia del principio de imparcialidad judicial al momento de la toma de decisiones jurisdiccionales.

Resulta obvio que la apuesta por el sistema acusatorio y los mecanismos alternativos que trae consigo dicho sistema, por parte de la política procesal penal peruana es toda una esperanza para cambiar las estructuras, la lógica y la dinámica de la justicia penal.

13. Ámbitos de responsabilidad política, penal y administrativa del funcionario y servidor público

Un funcionario público puede incurrir en los siguientes ámbitos de responsabilidad política penal y administrativa:

13.1. Responsabilidad política

La responsabilidad política alcanza a los funcionarios de alto nivel que, por lo general, están señalados en el **artículo 99º de la Constitución Política**: presidente de la República, congresistas,

ministros, vocales supremos, vocales superiores, miembros del Tribunal Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República. La responsabilidad política que cubre todo el ejercicio funcional del sujeto público, incluso hasta por cinco años de haber cesado en el cargo, es una responsabilidad que alcanza a los altos funcionarios que conducen instituciones y que se articula no por la comisión de delitos sino por la vulneración a las normas constitucionales (infracción constitucional). Esta responsabilidad política se sustancia, por lo general, en la vía del **juicio político** que se sucede al interior del Congreso y supone la imposición de medidas político-administrativas: suspensión, inhabilitaciones y destitución.

No obstante, es frecuente que un alto funcionario incurra tanto en responsabilidad administrativa como penal, al ir conectadas las infracciones a un plexo amplio de irregularidades cometidas en el ejercicio funcional.

13.2. Responsabilidad penal

Además de la responsabilidad política, un alto funcionario puede incurrir en responsabilidad penal cuando estas vulneraciones a la Constitución también han supuesto comisión de hechos delictivos que se hallan recogidos en el Código Penal o cuando la infraccionalidad solo tiene lectura penal. La vía para acreditar la responsabilidad penal es por definición el proceso penal, en el caso de los altos funcionarios, señalados en el artículo 99º de la Constitución. Llevarlos a juicio pasa primero por la vía del **levantamiento de su fuero parlamentario** o de su fuero institucional (en el caso de los miembros del Tribunal Constitucional). La vía del antejuicio que debe declarar la formación de causa para denunciar penalmente al alto funcionario

ante el sistema penal está precedida de un conjunto de actos previos que pueden encontrar no siempre razones jurídicas para habilitar el proceso o en su defecto para denegarlo. Este último supuesto puede generar ámbitos de impunidad que favorecen la prescripción de los delitos.

La vía del **antejuicio**, que en realidad es un mecanismo de protección institucional ante probables denuncias instrumentales o preorientadas, se constituye en una causal de **suspensión de la prescripción**, bajo los reguladores normativos del Código Penal.

La responsabilidad penal, en sentido amplio, esto es, no centrada solo en el alto funcionariado, cubre toda la amplia gama de ilícitos penales en los que pueden incurrir los sujetos públicos (funcionarios, servidores) por acción u omisión punible, y que pueden ser directamente denunciados ante la fiscalía o el juez (sistema inquisitivo) sin tener que pasar por sistemas de protección-dilucidación previa (antejuicio). No obstante, los jueces y fiscales, cuando en ejercicio de funciones cometen delitos funcionales, tienen una propia y previa vía de investigación preliminar de formación de causa a (cargo del órgano de control del Ministerio Público) y de decisión (por lo general, el Fiscal de la Nación) de la promoción de la investigación penal o la denuncia penal.

La responsabilidad penal, a diferencia de la responsabilidad política, tiene asignada una diversa responsabilidad, ya sea de contenido y de finalidad sancionatoria material. En este ámbito se sanciona con penas privativas, penas de multas u otras sanciones.

13.3. Responsabilidad administrativa

En tercer lugar se encuentra la responsabilidad administrativa. Se incurre en esta cuando el funcionario o servidor quebranta con su comportamiento alguno de los supuestos del catálogo de infracciones administrativas. A nivel nacional, existe un régimen general de infracciones a la administración pública (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Ley del Servicio Civil), pero también existen regímenes específicos, regímenes particulares de vulneración a los intereses a la administración pública en particular, ya sea del Poder Judicial, del Ministerio Público, del profesorado, de las municipalidades, etc. Este régimen administrativo sancionador, en sentido amplio y en sentido específico, da cuenta del derecho administrativo disciplinario del cual hablaremos en el siguiente capítulo.

13.4. Concurrencia de responsabilidades

La **responsabilidad política** y la **responsabilidad penal pueden coexistir juntas**, y ello no genera *ne bis in idem*, porque se trata de contenidos diferentes. Los fundamentos que sustentan el juicio político y el juicio penal son por naturaleza disímiles y se hallan regulados en ordenamientos jurídicos igualmente diferenciados. Por lo tanto, no hay posibilidad de identidad de fundamento, lo que permite afirmar que ambas responsabilidades pueden concurrir.

Por el contrario, **no siempre concurren el derecho administrativo sancionador y el derecho penal** porque en determinados supuestos pueden chocar y confluir el mismo bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, cuando en la vía administrativa

se protege el patrimonio público y se denuncia también en la vía penal por violación al bien jurídico patrimonio público, en ese momento colisionan dos bienes jurídicos de igual significado y se produce el *bis in idem*, generándose la prohibición de procesar o sancionar dos veces a una misma persona en procesos administrativo y penal.

En determinados casos **sí es posible que se acumule el ámbito administrativo disciplinario con el ámbito penal**. La Corte Suprema ha establecido, en una jurisprudencia vinculante, que la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Que el principio de ne bis in idem contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, **la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa** en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que

ha incurrido en falta disciplinaria porque **ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines** o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes —posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro—; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta-dos mil dos-AA/TC, veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés veintidós-dos mil cuatro-AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro-dos mil cuatro-HC/TC, respectivamente.

» Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16.11.2007, f. j. 10, que constituye precedente vinculante a la R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, Sala Penal Permanente, de 7 de junio del 2006, considerando sexto.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en varias sentencias, que puede producirse este tratamiento paralelo, es decir, sanción administrativa y sanción penal, siempre que no esté en juego el mismo bien jurídico. Así, en el ámbito administrativo se protegen valores institucionales tales como la disciplina, la honradez, la imagen institucional, etc. En el ámbito penal no se protege la honradez, la imagen institucional, la disciplina, ni el decoro. Esto significa que se le puede procesar al funcionario en la vía administrativa por esos valores y en la vía penal por otros de contenido penal, es decir, por la violación del patrimonio público, o por haber recibidos donativos para que el funcionario emita actos de función. En esta sentencia del Tribunal Constitucional se dan algunas luces al respecto:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

10. Por su parte, en la STC 2050-2002-AA/TC, caso Carlos Israel Ramos Colque, este Tribunal señaló que el contenido esencial constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

11. En su vertiente procesal, [el] principio [del *ne bis in idem*] significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesivamente, por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles es, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución.

[...]

12. Hechas estas precisiones, es del caso preguntarse si, en el caso concreto, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse, dentro del proceso constitucional de hábeas corpus, sobre la “vulneración” del principio constitucional *ne bis in ídem*. En ese sentido, resulta obvio que este Colegiado tiene razones suficientes para emitir pronunciamiento —independientemente del sentido de su fallo—, toda vez que a propósito de las supuestas violaciones alegadas por el demandante, se pone en juego su libertad individual.

13. Consecuentemente, en el caso de autos debe señalarse, atendiendo a la doble dimensión del contenido constitucionalmente protegido por el *ne bis in ídem* recogida en el fundamento 10 supra de esta sentencia, que **no estamos frente a dos procedimientos distintos sino que existe una sanción en sede administrativa con decisión definitiva y firme**, y un proceso penal cuya última resolución expedida se pretende enervar en sede constitucional; en consecuencia, **no existe violación del *ne bis in ídem* formal o procesal**.

14. Por otro lado, si bien: i) los actos del recurrente constituían una conducta ilícita tipificada penalmente, que debía ser objeto de prueba y cuestionamiento en sede jurisdiccional penal, y, ii) se debió remitir lo actuado al Ministerio Público; esperar la decisión del juez y expedir posteriormente pronunciamiento atendiendo lo resuelto por el a quo —lo que no se hizo—, la sanción administrativa de todas maneras debía ser impuesta, toda vez que en sede penal ha quedado demostrada la responsabilidad del recurrente. Por ello, no se puede alegar la violación del *ne bis in ídem* sustancial o material, porque en el presente caso existe identidad de sujeto y hecho; además el tercer elemento que se aduce como argumento para consagrar la triple identidad y habilitar la prohibición del *ne bis in ídem* no se configura dada la naturaleza de las sanciones impuestas.

» Expediente N.º 10192-2006-PH/TC, del 7 de febrero del 2007, ff. jj. 11-14. Las negritas son nuestras.

De igual forma en esta:

19. El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a. En su **formulación material**, el enunciado según el cual, “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, fund. jur. N.º 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

b. En su **vertiente procesal**, tal principio significa que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si

se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), “[...] El principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, **el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbadado.**

20. En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro, afecta el principio del *ne bis in idem* material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

» Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, del 16 de abril del 2003, ff. jj. 19-20. Las negritas son nuestras.

En esos supuestos, señala el Tribunal Constitucional —y también la doctrina internacional—, cabe un tratamiento paralelo, es decir, que a un funcionario se le puede sancionar administrativamente como también se le puede sancionar penalmente porque los valores protegidos son diferentes.

Lo que no se puede es sancionar dos veces a una misma persona. Si se sanciona a una persona que se le ha abierto un procedimiento administrativo por haber recibido donativos para realizar un acto de función, ya no se le puede abrir proceso penal. Es por eso que los trámites administrativos para establecer sanción por haber recibido donativos se paralizan si es que la causa se la envía al ámbito penal. La relevancia administrativa cede su lugar a la relevancia penal cuando se detecta que esa infracción (haber recibido donativos) corresponde a un comportamiento doloso.

En este punto, el Código Procesal Penal, ya vigente en numerosos distritos judiciales del país, ha señalado que el ámbito administrativo cede su lugar al derecho penal, haciendo razonable la injerencia punitiva.

Nuevo Código Procesal Penal

ARTÍCULO III. *Interdicción de la persecución penal múltiple.*— Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

14. Criterios para diferenciar entre comportamiento doloso a título delictivo e infracciones de relevancia administrativa

En la medida que numerosos delitos funcionales tienen en su base relaciones administrativas o quiebre de deberes administrativos por parte del funcionario o servidor público, interesa detenernos brevemente en una materia que no siempre es de fácil tratamiento: **distinguir el momento en que la ilicitud administrativa da paso a la ilicitud penal**, es decir, responder a la interrogante de qué criterios pueden establecerse para diferenciar entre el supuesto fáctico que solo admite una lectura administrativa y disciplinaria de aquel que ya supone relevancia penal.

Hay que señalar, como punto de partida, que el **ilícito disciplinario** supone necesariamente la ausencia de conductas intencionales, pero sí es inobjetable que no deberá estar orientado por el dolo avalorado o de contenido penal. Explicaremos esto del modo siguiente:

- i) El **dolo penal** es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en los elementos que componen el tipo penal; la voluntad y conocimiento que lo integran están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.
- ii) En cambio, en los **ilícitos administrativos**, el dolo del agente —que supone igualmente y sobre todo conocimiento además de voluntad— es dolo de infracción de la norma administrativa sin que ello implique

conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales. En el ilícito administrativo-disciplinario se violan normas administrativas vinculadas a deberes administrativos de base ética y funcional.

En el ilícito penal se violan prohibiciones o mandatos de acción dirigidos a los funcionarios y servidores públicos, contruidos por lo general sobre la base de quiebres administrativos.

El dolo penal en el delito funcional supone, así, un doble conocimiento, que no se observa en el de naturaleza disciplinaria: violación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo. En materia penal existe un reforzamiento cognitivo del dolo que define situaciones de mayor peligro para el bien jurídico y configura situaciones de mayor insoportabilidad social.

Se habla de dolo penal cuando el funcionario no solo quebranta las normas administrativas, sino que agrega un plus de su capricho personal cuando dolosamente sustituye el contenido de la norma. El sujeto de forma interna dice: “poco importa lo que la norma diga, yo hago lo que me viene en gana”. Ese es un comportamiento doloso intencional.

El **dolo administrativo disciplinario** hace mención a la violación de la buena fe y al deber de servicio a la nación o a la confianza ciudadana puestos en el sujeto público, sin vinculación con el mundo de la relevancia punitiva. Constituye, en su extremo superior, el conocimiento y voluntad de estar infringiendo normas administrativas, y, en su extremo inferior, la negligencia o imprudencia en el manejo de la cosa pública. La culpa disciplinaria se presenta así como el estadio más bajo de la ilicitud administrativa, en la cual no existe voluntad de infraccionar la norma administrativa.

Identificar el dolo de naturaleza penal para diferenciarlo del comportamiento intencional administrativo o negligente disciplinario constituye una labor de sutil y esforzada evaluación a cargo del analista. Siempre que tengamos ante nosotros un caso de relevancia a calificar como penal o administrativa, hay que tener mucho cuidado de encontrarle también la necesaria lesividad a la conducta y de ubicar, a través de los indicios que nos presenta la descripción de los hechos, los componentes voluntarios y cognoscitivos del dolo. Si, pese a ello, no encontramos estos componentes volitivos, cognoscitivos de conducta dolosa, la idea es derivar la causa al ámbito de la relevancia y sanciones administrativas —en el caso de que existan— o disciplinarias.

15. Prescripción en los delitos contra la administración pública

El Código Penal peruano hace uso de un sistema doble de prescripción de la acción penal (o acabamiento para el Estado de su facultad de perseguir el delito). Si la acción penal aún no se ha iniciado, rige la prescripción ordinaria (artículo 80°), es decir, prescribe el derecho del Estado a la pena máxima conminada para el delito. En cambio, si existe ya proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementado en un 50%; tal es la llamada prescripción extraordinaria (artículo 83°, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la prescripción de la pena, contada a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

CUADRO N.º 2
DIFERENCIAS ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E ILÍCITO PENAL

ILÍCITO ADMINISTRATIVO

Supone necesariamente la ausencia de conductas intencionales, pero sí es inobjetable que no deberá estar orientado por el dolo avalorado o de contenido penal.

En los ilícitos administrativos, el dolo del agente —que supone igualmente y sobre todo conocimiento además de voluntad— es dolo de infracción de la norma administrativa sin que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales.

El dolo administrativo hace mención a la violación de la buena fe y al deber de servicio a la nación o a la confianza ciudadana puestos en el sujeto público, sin vinculación con el mundo de la relevancia punitiva. Constituye, en su extremo superior, el conocimiento y voluntad de estar infringiendo normas administrativas y, en su extremo inferior, la negligencia o imprudencia en el manejo de la cosa pública.

ILÍCITO PENAL

El dolo penal es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en los elementos que componen el tipo penal.

La voluntad y conocimiento que lo integran están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.

En el ilícito penal se violan prohibiciones o mandatos de acción dirigidos a los funcionarios y servidores públicos, contruidos por lo general sobre la base de quiebres administrativos.

La culpa disciplinaria se presenta como el estadio más bajo de la ilicitud administrativa, en la cual no existe voluntad de infraccionar la norma administrativa.

El dolo penal en el delito funcional supone, así, un doble conocimiento, que no se observa en el de naturaleza disciplinaria: violación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo.

Siempre que tengamos ante nosotros un caso de relevancia a calificar como penal o administrativa, hay que tener mucho cuidado de encontrarle también la necesaria lesividad a la conducta y de ubicar, a través de los indicios que nos presenta la descripción de los hechos, los componentes voluntarios y cognoscitivos del dolo.

En materia penal existe un reforzamiento cognitivo del dolo que define situaciones de mayor peligro para el bien jurídico y configura situaciones de mayor insoportabilidad social.

Si no encontramos componentes volitivos y cognoscitivos de conducta dolosa, la idea es derivar la causa al ámbito de la relevancia y sanciones administrativas —en el caso que existan— o disciplinarias.

Se habla de dolo penal cuando el funcionario no solo quebranta las normas administrativas, sino que agrega un plus de su capricho personal cuando dolosamente sustituye el contenido de la norma. El sujeto de forma interna dice: "poco importa lo que la norma diga, yo hago lo que me viene en gana". Ese es un comportamiento doloso intencional.

Señala el artículo 80º del Código Penal que en caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno; en el caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

Existen dos circunstancias especiales que alteran sensiblemente los plazos de prescripción: a) si el autor tiene menos de 21 años o es mayor de 65 años, el plazo se reduce a la mitad (artículo 81º); y b) si el delito cometido por funcionarios o servidores públicos es contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción se duplica, pero nunca será mayor de 20 años (artículo 80º, sexto y cuarto párrafo).

La Corte Suprema ha precisado el ámbito de aplicación de la regla especial de la duplicación de la prescripción, establecida en el sexto párrafo del artículo 80º del Código Penal.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

14. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la Ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó —método lógico-sistemático—. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80º del Código Penal, se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo legal, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”, atendiendo a dos aspectos concretos:

A. En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.

B. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo 41º de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisorio, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

15. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

A. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

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

C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional [sic] una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también

transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

» Acuerdo Plenario Nº 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, ff. jj. 14-16.

En la práctica, la Corte Suprema ha limitado la aplicación de la duplicación de la prescripción a los delitos de peculado y malversación, que son los únicos en donde existe esa relación funcional entre agente infractor especial del delito —funcionario o servidor público— y el patrimonio del Estado.

16. Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2002.
- CÁCERES JULCA, Roberto, “Problemas interpretativos de la Ley N.º 30214 que crea el artículo 201-A del Código Procesal Penal referido a la pericia institucional extraprocesal”, en *Actualidad Penal*, vol. 7, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- CARO JOHN, José Antonio, “Prohibición de aplicación de leyes penales inconstitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la lucha anticorrupción”, en MONTROYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de co-*

rrupción de funcionarios en Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

CASTILLO ALVA, José Luis, “El principio de taxatividad en el Derecho penal y en el Derecho administrativo sancionador: Una lectura constitucional y convencional”, en *Actualidad Penal*, vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

PARIONA ARANA, Raúl, “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios: ¿medida necesaria para evitar la impunidad”, en *Actualidad Penal*, vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “El valor probatorio del informe técnico de la Contraloría General de la República”, en *Actualidad Penal*, vol. 7, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 32-55.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Grijley, Lima, 2003.

ROSAS YATACO, Jorge, “Naturaleza de los informes de control de la Contraloría General de la República”, en *Actualidad Penal*, vol. 7, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 56-65.

TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel, “Naturaleza procesal del informe técnico de la Contraloría General de la República”, en *Actualidad Penal*, vol. 7, Instituto Pacífico, Lima, 2015, pp. 74-83.

CAPÍTULO Dos

LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Introducción

Los funcionarios y servidores públicos, con prescindencia del nivel de su cargo y la naturaleza de sus funciones o del servicio desempeñado, mantienen **relaciones generales y especiales de sujeción** para con los enunciados de la Constitución Política del Estado, los valores de la administración pública y los cometidos de la función pública, teniendo el deber de garantizarlos y fomentarlos en el ámbito de sus atribuciones.

El quebrantamiento de estas relaciones de sujeción y, en particular, la vulneración de las normas administrativas que imponen deberes de cumplimiento, aseguramiento y fomento de las funciones y servicios públicos, así como de los roles especiales asignados legalmente, configuran el mundo de la ilicitud administrativa-disciplinaria, en tanto escenario genérico de alteración de los estándares preconfigurados para una normal marcha de la administración pública, esto es, de la construcción de un Estado constitucional y democrático en la sociedad peruana. Es un espacio de relevancia administrativo-disciplinaria que se constituye en el **primer gran filtro** y dique de contención **para la prevención de los delitos funcionales**.

Toda infracción funcional, ya sea de contenido disciplinario o penal, supone un **quebrantamiento de deberes positivos** a

los que se halla sometido legalmente el sujeto público o la inobservancia consciente de incompatibilidades legales expresas. Son deberes e incompatibilidades que la ley o el reglamento definen y que llenan de contenido el marco de atribuciones y permisiones del sujeto (funcionario o servidor) público, que explican su posición y fundamentan positivamente su estatus.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

9. [...] Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales [...] que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. **El autor del delito —de infracción de deber—** no puede ser cualquier persona, sino solo aquel **funcionario o servidor público** que ocupa un *status* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

» Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116, de 6 de diciembre del 2011, f. j. 9.

2. Definición

Los delitos de infracción de deber son llamados así por cuanto en ellos **el sujeto activo** que comete delito **mantiene vinculación con la administración pública**, mediante **deberes**

preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal “administración pública”, frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose mundos en común (entre el funcionario-servidor y la administración y en general con las instituciones positivas) que identifica la administración pública en un conjunto de subsistemas. La violación a estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción del deber.

El rol especial que cumple el sujeto activo se diferencia radicalmente del rol general o común que existe en los delitos de dominio o por organización, en los cuales el autor no se halla vinculado precedentemente con el bien jurídico a través de relaciones de protección fundadas en normas jurídicas.

3. Clasificación

Los delitos de infracción de deber se subdividen en delitos de infracción de deber propios y delitos de infracción de deber impropios.

3.1. Los delitos de infracción de deber propios

Los delitos de infracción de deber propios son los que en sentido estricto definen a un delito de infracción de deber delimitados por características específicas: calificación especial del sujeto activo que mantiene vinculación con el bien jurídico sobre la base de normas administrativas previas, comportamiento típico pasible de ser cometida solo por estos autores, existencia de infracción de un deber funcional, potenciado por el tipo penal como fundamento para imputar delito y responsabilidad penal.

EJEMPLO

Ejemplos de esta clase los tenemos en la mayoría de los delitos contra la administración pública cometidos por sujetos públicos (cohecho, peculado, abuso de autoridad, concusión), y en algunos de los delitos contra la administración de justicia (prevaricato, omisión del ejercicio de la acción penal).

3.2. Los delitos de infracción de deber impropios

Los delitos de infracción de deber impropios, en cambio, son aquellos en los que si bien interviene un funcionario público infringiendo deberes, sin embargo les falta la segunda característica de los especiales propios, esto es, se construyen sobre la base de la conducta de un delito común, vale decir, pasible de ser cometido por cualquier persona.

EJEMPLO

Por ejemplo, el delito de interferencia o escucha telefónica (artículo 162º) es un delito que puede ser cometido por cualquier persona (delito común o de dominio) pero que al ser cometido por un funcionario público se convierte en uno especial impropio. Lo mismo ocurre, entre otros, con los artículos 297º.1 (Tráfico ilícito agravado de drogas), 153º-A.1 (tráfico de menores agravado), 157º (uso indebido de archivos computarizados), donde por el hecho de ser un funcionario el que lo comete, este delito se transforma en uno especial impropio.

En los delitos especiales impropios hay que tomar en cuenta dos aspectos de interés:

- i) En primer lugar que su existencia se debe a una expresa disposición del legislador (*numerus clausus*),

ya que debe estar así dispuesto en el contexto de tipicidad de la figura delictiva común, por tanto, no se puede crear delitos especiales impropios a voluntad del operador jurídico.

- ii) En segundo lugar, porque por lo general se encuentran construidas legislativamente como **agravantes** de las figuras penales comunes.

3.3. Diferencias entre los delitos de infracción de deber propios e impropios

En el Cuadro N.º 3 podemos resumir las notas características de los perfiles propios de los delitos de infracción de deber propios e impropios.

4. Delitos de infracción de deber y delitos contra la administración pública

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la administración pública, en el ámbito de **los artículos 376º al 401º, son en su inmensa mayoría delitos de infracción de deber**, salvo los artículos 397º y 400º, que están referidos al cohecho activo y al tráfico de influencias. Esto significa que cuando el funcionario comete delito de función (abuso de autoridad, cohecho pasivo, malversación, peculado) lo que hace es infringir, quebrantar o violar deberes a los que él se halla sometido —deberes de función o de servicio—, lo que no sucede en los delitos comunes de dominio y control del sujeto activo indeterminado, los cuales por su propia naturaleza no afectan la administración pública en vinculación con deberes positivos normativizados que le sean atribuibles al infractor.

CUADRO N.º 3
DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN
DE DEBER PROPIOS E IMPROPIOS

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER PROPIOS	DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER IMPROPIOS
Restricción del círculo de autores: solo pueden ser autores o coautores los sujetos especiales, vinculados con el bien jurídico específico por deberes de aseguramiento y fomento, ya sea que se trate de funcionarios públicos o privados o de personas que mantienen vínculos especiales con el bien jurídico.	Ampliación del círculo de autores: autor de delito común, autor de delito especial impropio.
No es posible coautoría entre un funcionario-servidor público con un sujeto particular; este último siempre asumirá el papel de un partícipe, por más que sus aportes al delito sean decisorios o domine la acción.	Es discutible la posibilidad de coautoría entre el sujeto activo particular con el funcionario o servidor público, de intervenir ambos en reparto de roles y dolo conjunto en la ejecución o consumación del delito; se trata, en suma, de autores múltiples.
No es posible autoría mediata de un particular sobre un funcionario-servidor público en un delito funcional.	La conducta típica se halla ampliada, pues lo puede realizar tanto el particular como el funcionario público.
El partícipe <i>extraneus</i> (particular) puede contribuir en el delito especial propio, ya sea en calidad de instigador o determinador (artículo 24º del Código Penal) o en su calidad de cómplice primario o secundario (artículo 25º).	Depende su existencia legal de las configuraciones normativas que efectúe el legislador.
Los partícipes también pueden ser otros funcionarios o servidores públicos.	No puede ser creada a criterio o discreción del fiscal o juzgador.

De esto se puede concluir que todos los delitos de los funcionarios contra la administración en los que el funcionario se halla vinculado con la administración a través de deberes reglados o pautas formales de comportamiento que le son por lo general preexistentes constituyen delitos de infracción de deber. Al margen y con indiferencia de cuál sea su posición, su jerarquía o el ámbito de atribuciones, siempre van a estar en la base las normas administrativas que el funcionario tiene que cumplir, fomentar o asegurar.

El **delito de infracción de deber** se caracteriza también porque las conductas típicas de estos delitos **solamente las puede cometer el funcionario o servidor público**. Es decir, se sustenta en el quebrantamiento de deberes de competencia del funcionario o servidor. Cabe preguntarse, **¿quién es la persona que incumple deberes funcionales?** Aquella persona que tiene atribuciones o competencias contenidas en la función o el servicio público a través del cargo o empleo, porque si el imputado careciera de tales atribuciones o funciones, esa obligación de cumplir obviamente que no podría realizar la conducta típica.

PRECISIÓN

¿Quién comete delito de cohecho, en la lógica de construcción legislativa de los artículos 393º (pasivo propio) y 394º (pasivo impropio)? Solo el funcionario que por su posición funcional puede dar a cambio del donativo un acto de función. Si este sujeto público carece de la facultad potencial de contraprestar mediante un acto propio del cargo o de sus atribuciones, porque carece de facultades, ha perdido competencia o temporalmente ha cesado en el cargo, será imposible que se configure un acto de cohecho pasivo. Usualmente se confunde el cohecho con cualquier recep-

ción de donativo. Así, si una persona va y le entrega a un funcionario una cierta cantidad de dinero para que este funcionario haga uso de sus buenos oficios, haga valer su influencia ante otro funcionario —que es quien va a concretar y dar el acto de función a la persona que en principio entregó el dinero—, la entrega del dinero al primer funcionario no genera delito de cohecho porque el primer funcionario no le está dando a cambio ningún acto de función. Esto no es cohecho, es propiamente un acto de tráfico de influencias.

Entonces, en los delitos de infracción de deber la conducta típica solamente la puede concretar el funcionario o servidor público que posee la atribución, que tiene la función y se halla vinculado por normas jurídicas previas con el bien jurídico específico, teniendo por tanto el deber de aseguramiento y fomento.

El quebrantamiento de deberes explica la lógica de los delitos de función. Para acreditar e incluso para apreciar probatoriamente el quebrantamiento de deber es una regla de partida que el analista (sea el auditor, el procurador, el fiscal o el juez) tenga previamente que verificar cuál es la atribución, cuál es el deber administrativo que el funcionario quebrantó o violó con su comportamiento. Si no se precisa cuál ha sido ese deber, no es posible construir la figura del delito. Si se la atribuye inadecuada o erróneamente, se puede cometer excesos en la imputación y afectar los derechos del funcionario o servidor, además de utilizar la maquinaria penal negligente o preordenadamente. Si solamente se enfatiza el quiebre del deber sin relacionarlo con los plus modales que exige el tipo penal, se confundiría relevancia administrativa con relevancia penal. Considerar que se trata de deberes éticos o deberes generales de no dañar, no inmersos en el marco específico de atribuciones del funcionario o servidor pú-

blico, implicará considerar al Derecho penal como un derecho que administrativiza relevancias jurídicas, quebrando su naturaleza fragmentaria y de *ultima ratio*.

Estas características ponen de manifiesto que los delitos de función en el ámbito de la administración pública son una variedad de delitos de infracción de deber que tienen un entramado administrativo frente al cual se encuentra vinculado positivamente el funcionario o servidor público. No puede, el funcionario o servidor público, desvincularse de esa base que le da sentido, que define su personalidad jurídica. Los delitos de función suponen comportamientos penalmente relevantes que entonces solo los pueden cometer el funcionario o servidor público vinculado. Cometer el delito de función supone que **el funcionario ha quebrantado expectativas** que mediatamente la sociedad y directamente la propia administración pública tenían puestos en él.

PRECISIÓN

Los delitos de infracción de deber no solamente se presentan en el ámbito de la función pública (delitos funcionales), pues se producen en otros ámbitos de afectación a bienes jurídicos, como por ejemplo en la función privada (delitos societarios, fraude en la administración de personas jurídicas, delitos financieros) así como en el marco de relaciones paterno filiales (parricidio, infanticidio), y en otros ámbitos específicos que se encuentran diseminados en el Código Penal, configurando delitos de infracción de deber impropios.

Los delitos funcionales, por lo general, **reciben penas benignas**, mínimas o intermedias. No encontramos ningún delito de función que tenga pena de cadena perpetua, pena de treinta y

cinco o de veinticinco años. En cambio, en los delitos comunes, en un robo cometido por dos o más personas, las sanciones punitivas pueden llegar a alcanzar hasta 20 años de pena privativa de libertad. Los delitos funcionales más severamente castigados son la colusión agravada (artículo 384º) y el delito de cohecho pasivo específico (artículo 395º), que tienen de 6 a 15 años, y el delito de enriquecimiento ilícito agravado (artículo 401º) cuya sanción conminatoria puede ser de 10 a 15 años en su modalidad agravada.

Queda claro que los delitos cometidos por los funcionarios o servidores públicos que lesionan el bien jurídico genérico administración pública son una subclasificación de los delitos de infracción del deber, que se van a denominar delitos de función, y que constituyen nuestro objeto de estudio en el presente trabajo.

Los delitos de infracción de deber funcional son recogidos por el Código Penal de modo concentrado en el Capítulo II del Título XVIII (Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, artículos 376º al 401º) y de modo disperso a lo largo de distintos clasificadores jurídicos del código, referidos a delitos comunes. En el caso de estos últimos, podemos mencionar los delitos de celebración de matrimonio ilegal (artículo 141º, delitos contra la familia), violación de domicilio (artículo 160º, allanamiento ilegal de domicilio), violación de la libertad de reunión (artículo 167º, prohibición de reunión pública lícita por funcionario público), violación de la libertad de expresión (artículo 169º), omisión de los deberes de protección del patrimonio cultural por parte de los funcionarios públicos (artículo 229º, delitos contra el patrimonio cultural), emisión excesiva de numerario (artículo 258º, delitos monetarios), etc.

5. Bibliografía

- ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 17, Lima, 2005, pp. 19-51.
- CARO JOHN, José Antonio, “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en HURTADO POZO, José (ed.), *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal*, Universidad de Friburgo / Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 87-106.
- KINDHÄUSER, Urs, “Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 14, Santiago de Chile, 2011. Versión en línea: <bit.ly/1ovnUzi>.
- OSSANDÓN, Ma Magdalena, “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en *Política Criminal*, Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, N.º 1, CEDEP, Talca (Chile), 2006, p. 1-22. Versión en línea: <bit.ly/19Xm1rP>.

CAPÍTULO TRES

ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y
DERECHO PENAL

1. Notas introductorias

Como ya hemos señalado, los delitos contra la Administración Pública están contemplados en el Título XVIII del Código Penal. El legislador ha precisado y focalizado un título entero para tales ilícitos penales, el mismo que comprende los delitos cometidos por funcionarios, como por particulares que llegan a afectar —en grado de lesión o peligro— el bien jurídico *administración pública*. De este modo, nuestro Código Penal es transmisor de la política criminal del Estado en materia de delitos funcionales y ajusta sus contenidos de tipicidad en base a una temática de gran trascendencia para la existencia del Estado peruano.

Estos delitos, como es obvio entender, afectan a un punto de engarce entre el Estado y la sociedad. Así, la administración pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominado Estado y la sociedad, en tanto este último es destinatario de las funciones y servicios. La importancia de la administración pública es enorme. Si no hay administración pública, sencillamente no hay Estado.

En este contexto, el Derecho penal no suple ni sustituye las insuficiencias de la administración pública. No es su tarea. El Derecho penal trabaja con mínimos que deben asegurar la

funcionalidad de la administración pública. El Derecho penal está para proteger la buena administración pública, para protegerla penalmente. De allí entonces que **en el Derecho penal se protege a la administración** contra los funcionarios públicos, se protege a la administración contra los particulares que han lesionado o puesto en peligro los valores propios de la administración pública.

2. El bien jurídico *administración pública*

La *administración pública* es el bien jurídico genérico protegido en todos los delitos que la lesionan o colocan en peligro.

La frase *administración pública* es, sin embargo, una locución de múltiples significados necesitada de precisión para ver en ella un bien jurídico. En efecto, por **administración pública** podemos tener las siguientes lecturas:

- Una *lectura orgánica o subjetiva* nos dirá que la administración pública es una **institución global**, conformada por diversos órganos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos y oficios.
- Una *lectura objetiva o funcional* determinará que se trata de un **conjunto de actividades** desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos que realizan así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos.
- Una *lectura teórica o gnoseológica* señalará que la administración pública, en tanto ciencia, toma como

objeto de estudio la **planeación y dirección** a todo lo relacionado con el sector público.

La primera acepción, orgánica o subjetiva, no es de interés para el ámbito de los delitos funcionales, pero sí lo es para el rubro de los Delitos contra el Estado y contra los poderes del Estado y el orden constitucional. La tercera acepción igualmente no resulta significativa para nuestros fines.

La **concepción objetiva o funcional** sí propiamente es la que se relaciona con la noción de **bien jurídico protegido**.

La administración, como bien jurídico protegido, implica los siguientes elementos:

- a) **Conjunto de actividades funcionales** o de servicio público que le dan sentido a dicha administración y que vinculan al Estado o al orden público en general con la sociedad;
- b) **Cumplimiento de deberes funcionales** por parte de los sujetos públicos, de conformidad a los ámbitos de atribuciones y competencias establecidas en la ley y en los reglamentos, que confirman la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la nación;
- c) **Conjunto de principios** que vinculan positivamente a la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección penal en cada delito en concreto: imparcialidad, patrimonio público, etc.

La lesión o colocación en peligro del bien jurídico genérico *administración pública* supone la vulneración de los dos últimos

componentes ya citados y un trastocamiento del primero al alterarse el sentido y el contenido prestacional de las funciones y servicios públicos. Los delitos contra la administración pública son la **negación de los deberes funcionales** asumidos por los sujetos públicos al acceder a la función o servicio, con prescindencia de la fuente o el título. Con ellos se ejecutan y consuman comportamientos contrarios a los deberes de función.

Con el estudio de cada delito contra la administración pública (abuso de autoridad, peculado, cohecho, etc.) se apreciará, por tanto, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico genérico *administración pública*, entendido también como correcto ejercicio de las funciones y servicios públicos, pero también se pondrá de manifiesto la afectación de un interés específico que distingue a un delito funcional de otro. Así, en el peculado: la correcta administración del patrimonio público; en la malversación de fondos: la afirmación del principio de legalidad presupuestal, etc.

En tanto objeto de protección penal, la administración pública es un **bien jurídico de naturaleza institucional**, entendida esta por diferenciación con otros bienes de contenido personal o colectivo.

Finalmente hay que señalar que la *administración pública* concentra y da contenido al bien jurídico protegido, pero configura igualmente al titular del sujeto pasivo agraviado por el delito. Esta doble función constituye una singularidad en el espectro de los objetos de protección penal.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

16. [...] [No] solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Dere-

cho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece 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”** (subrayado nuestro).

» Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Lima. Asunto: Ley que modifica el Código penal respecto de los delitos contra la administración pública.

3. La función pública

La función pública constituye la noción central en la teoría y en la práctica de la administración pública, pues a través ella se legitima el Estado y adquiere éste perfiles determinados de mayor o menor democratización.

Poseedora de una naturaleza esencialmente dinámica y objetiva, la función pública puede definirse descriptivamente como el **conjunto de macroactividades** que desarrollan los **finés del Estado** y acercan a este con la sociedad y sus necesidades. Dependiendo del ámbito donde se desarrolle, puede haber función pública *interna* y *externa*, siendo la más importante y decisiva la segunda. Puede tratarse, asimismo, de funciones **de poder** y funciones **de Estado**. Las primeras definen las clásicas funciones

legislativa, ejecutiva y judicial (en las cuales se suele distribuir el poder del Estado), mientras que las funciones de Estado hacen mención al conjunto de actividades diseñadas a efectos de cumplir con los cometidos de servicio a la nación y a la sociedad (funciones educativa, diplomática, económica, municipal, etc.).

Al tratarse de macroactividades de carácter dinámico, la función pública tiene tres elementos:

- i) un **marco legal y constitucional** que define sus alcances y limita sus atribuciones;
- ii) el **factor humano profesional** (los funcionarios y servidores públicos), que es el encargado de concretar los grandes planes y modelos de función; y
- iii) una **orientación siempre teleológica**, vale decir, que mira desde el presente hacia delante con cada aplicación de planes funcionales.

Los funcionarios y servidores públicos son las piezas fundamentales para hacer de la función pública una actividad viva, humana y perfectible. Los servidores son quienes, por lo general, aplican los planes funcionales y están en una relación directa y de inmediatez con los destinatarios de las funciones y servicios públicos.

4. Los conceptos de *funcionario* y *servidor público*

Los conceptos **funcionario** y **servidor público** son de importancia capital al estudiar los delitos contra la administración pública, pues constituyen el punto de partida de la tipicidad objetiva de los delitos cometidos por funcionarios públicos. A partir de lo que se entienda por funcionario público se pueden

construir teorías ajustadas al principio de legalidad, extensiones y ampliaciones permitidas por el ordenamiento jurídico o rebasamientos inaceptables para un derecho penal respetuoso de los logros del derecho penal liberal o social democrático y, por lo mismo, del Estado de derecho.

Tal es la importancia del concepto *funcionario público* que sobre él se han ensayado, tanto en el sistema jurídico interno como en el sistema internacional, numerosas elaboraciones que lo han delimitado y ampliado, partiendo de una acepción administrativa, pasando por una construcción penal interna, hasta llegar a una concepción internacional asociada a determinados delitos de función.

Tres son las lecturas o conceptos formulados por la norma jurídica interna e internacional sobre funcionario público:

4.1. Concepto administrativo

Es el más estricto y riguroso, pues si falta uno de sus componentes principales se quiebra el concepto.

Estos componentes son tres:

- a) **El título, válido por su origen y formalidad.** El título que le otorga condición pública al sujeto puede provenir:
 - i) **por elección popular directa** (presidente de la República y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes regionales) o *indirecta* (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Fiscal de La Nación, Presidente de la Corte Suprema, etc.);

- ii) **por nombramiento** (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera; y
 - iii) **por disposición legal**, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas.
- b) **El proceso de formalización del título.** Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, que implica la incorporación del sujeto público a la administración pública.
- c) **La asunción efectiva del cargo**, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el Derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*.
- d) *Otros requisitos no determinantes* se añaden al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto.

4.2. Concepto penal

El Derecho penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a efectos de no dejar espacios de impunidad y por decisión político-criminal se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a **equiparar a la calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares** colocados en una especial cercanía al bien jurídico administración pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro. La equiparación se da en dos direcciones.

- i) En primer lugar, a través de **específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad** (**artículo 386° CP**: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores curadores y albaceas; **artículo 392° CP**: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodian dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social).
- ii) Mediante el inciso tercero del **artículo 425° CP**, que en una **cláusula general** considera funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado,

y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Se puede consensuar que también el segundo párrafo del **artículo 388° CP** (peculado de uso), posibilita ampliar la calidad de funcionario o servidor público al contratista de obra pública y sus empleados cuando usan bienes pertenecientes al Estado, en ámbitos distintos a los oficiales.

Es mediante dichas ampliaciones de tipicidad normativa que se construye el **concepto penal de funcionario público** que, como se verá, prescinde del título válido desde la perspectiva administrativa, pues no hay ni elección ni nombramiento, tan solo equiparación normativa a través del Código Penal o, en su defecto, relación contractual (caso del inciso tercero del artículo 425°). Como podrá advertirse, las equiparaciones establecidas en los artículos 386° y 392° solo cubren los delitos a que remiten dichos dispositivos, es decir, colusión desleal y patrocinio indebido de intereses particulares y peculado con malversación de fondos, respectivamente. Dichas equiparaciones de los artículos 386°, 392° y 425°³ son para estrictos fines penales, y no tienen alcances administrativos.

4.3. El concepto penal internacional anticipado

El artículo 1° de la **Convención Interamericana contra la Corrupción**, aprobada (mediante Resolución Legislativa N.° 26757, de 13 de marzo de 1997) y ratificada por el Perú (mediante Decreto Supremo N.° 012-97-RE, de 24 de marzo de 1997), establece lo siguiente:

Convención Interamericana contra la Corrupción

ARTÍCULO I. Definiciones. Para los fines de la presente Convención, se entiende por: [...] "Funcionario público", "Oficial Guber-

namental” 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.

[...]

Fundamentalmente, y en lo que a nuestra materia interesa, la lectura realizada por la Convención se caracteriza por haber ofrecido a los países firmantes una definición que hace extensiva, para estrictos intereses de persecución penal por delitos de corrupción funcional, las calidades de funcionario público a los que hayan sido simplemente seleccionados, designados o elegidos.

Como se advertirá, **el concepto penal interamericano prescinde de los requisitos administrativos de la investidura y de la asunción del cargo**, con la finalidad de lograr más efectividad de la tutela penal en delitos de corrupción.

Este adelantamiento o anticipación de la tipicidad que se colige del concepto mismo puede resultar debatible en el extremo de la selección como factor que atribuye calidad funcional equiparada al agente, pero lo que sí resulta de consenso es el dato objetivo que la realidad ofrece al respecto, y que consiste en el hecho que entre la elección-nombramiento y la investidura-asunción efectiva del cargo se presenta, en la mayoría de los casos, un espacio de tiempo apreciable en el cual no puede ingresar el Derecho penal para sancionar al agente electo o designado que incurre en actos de corrupción, pues los tipos penales de corrupción y mal manejo de fondos han sido redactados en la legislación penal nacional (y por lo general también en la legisla-

ción occidental comparada) en tiempo presente a la realización de actos de función o de servicio público, no involucrando tipicidad por tales ilícitos en fase previa al ejercicio del cargo.

Los **problemas prácticos** derivados de tan amplia anticipación del concepto de funcionario público son básicamente tres:

- a) **Su carácter de vinculación directa**, de tal forma que se aplique sin necesidad de incorporación de su normativa al Código Penal.
- b) El tomar la selección como **un factor de ampliación de tipicidad normativa**.
- c) **Su coherencia intrasistemática**, si es que se toma en cuenta que en los artículos de la Convención destinados a ofrecer tipificaciones sobre los actos de corrupción se exige en todos ellos ejercicio del cargo.

4.4. El concepto de funcionario internacional

El artículo 2º de la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** (suscrita en Nueva York, el 31 de octubre del 2003, aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N.º 28357, del 6 de octubre del 2004, y ratificada por el artículo 1º del Decreto Supremo N.º 075-2004-RE, del 20 de octubre del 2004) perfeccionó un nuevo **concepto de funcionario público internacional**, ya gestado en anteriores cónclaves internacionales, para comprender tanto al funcionario público extranjero como al funcionario de una organización internacional pública. Estas nominaciones están inmersas en la noción de soborno transnacional, para la cual los conceptos *funcionario* y *servidor público* o simplemente *funcionario* u *oficial gubernamental* resultan insuficientes.

El inciso b) del artículo 2º de dicha Convención señala que por **funcionario público extranjero** “se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública”. El inciso c) del mismo artículo, precisa que 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”.

Transcribimos el artículo 2º de la **Convención de las Naciones Unidas** contra la Corrupción:

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

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; [...]

El Código Penal incorporó en el 2011 (mediante la Ley N.º 29730 de 10 de junio de ese año) el **delito de soborno internacional pasivo**, estableciendo que el “funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa” (artículo 393º-A CP, conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, del 26 de noviembre del 2013).

5. Autoría y participación en los delitos de función

En los **delitos de dominio o comunes** se aplica en todo su rigor y extensión las formulaciones legales y doctrinarias establecidas sobre las diversas clases de autoría, determinación y complicidad, sin que se tenga que acudir a excepciones para dotar de

razonabilidad a los títulos de imputación por el aporte o contribución de los agentes del delito. Cabe recordar que tanto autoría y participación son títulos de imputación personalizada que el Código Penal reserva a quienes con sus actos ejecutan, consuman, controlan o contribuyen a la ejecución-consumación del delito.

En cambio, en los **delitos de infracción de deber**, específicamente en los delitos de función, es donde se aprecian notorios reajustes a las dos teorías que informan el tema: la del *dominio del hecho*, que fundamenta la autoría-coautoría, y la *teoría de la accesoriedad*, que sustenta la complicidad. De estas dos teorías, la del **dominio del hecho** ha tenido que ser flexibilizada y complementada con la tesis de la **infracción de deber**, que en determinados casos llega incluso a prescindir del dominio material del hecho, para poder explicar con éxito la autoría del funcionario o servidor público, ya que de otro modo sería difícil de justificar jurídica y normativamente los artículos del Código Penal referidos a la autoría y coautoría, que se definen por actos propios ejecutados por el autor, si es que, como usualmente ocurre, el funcionario no ejecuta directamente un cohecho o peculado, sino que son terceras persona quienes dominan materialmente el decurso del *iter criminis*.

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

La complicidad atribuida es primaria o necesaria. La contribución del acusado Raffo Arce se dio en un contexto delictivo. El acto de complicidad se dio durante la ejecución del delito: acto de

apropiación que implicaba alejarlo del ámbito de custodia pública para transferirlo al ámbito privado del cómplice y, de ese modo, disponerlo atentando contra la finalidad estatal de su gestión. Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria.

» Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Transitoria del 6 de mayo de 2013, R. N. N.º 546-2012, Lima.

5.1. Reglas generales para los delitos de función

A modo de síntesis, se pueden establecer las siguientes reglas para los delitos de función recogidos en el Capítulo II del Título XVIII del Código Penal y para los demás ubicados en diversos títulos que reúnan las características de tipicidad normativa requeridas por los tipos penales especiales propios:

- a) Por regla general, **autor** de delito de función **puede ser solo quien sea funcionario o servidor público** desde una perspectiva administrativa o penal.
- b) Sin embargo, y por regla general, no basta ser funcionario o servidor sino que **deberá tratarse de agentes públicos que se hallan ejerciendo las atribuciones del cargo**, función, comisión o servicio que por ley o reglamento les corresponde. Por lo tanto, no cometen delitos de función quienes estén temporal o accidentalmente fuera de la función o servicio.

- c) En los casos en los cuales se restrinja al máximo la autoría, por existencia en el tipo de especiales vinculaciones funcionales, como sucede por ejemplo en el delito de peculado doloso (artículo 387º), en el cual se exige vinculación por razón del cargo con el objeto material del delito, o también en el caso del delito de colusión desleal (artículo 384º), que requiere que intervenga, directa o indirectamente, por razón de su cargo, para contratar. En tales situaciones **solo será autor quien reúna tales exigencias de tipicidad** objetiva funcional.
- d) En los casos en los que el tipo contemple como sujeto activo únicamente al funcionario público, **solo este será autor**. Por ejemplo, en el caso del abuso de autoridad (artículo 376º).
- e) **No cabe admitir la hipótesis de autoría mediata de un particular o *extraneus* en el delito especial de función**, porque en el particular no concurren las condiciones normativas de funcionario o servidor. Pese a que material u objetivamente el particular instrumentaliza al sujeto público, dicho fenómeno será irrelevante a efectos de considerar al particular o *extraneus* como autor de delito funcional. Se trata de un caso no regulado en la ley y, por lo tanto, atípico en el contexto de los delitos funcionales, no pudiendo reconducirse el hecho por los cauces de la determinación o inducción por tratarse de situaciones distintas.
- f) La coautoría se rige por iguales reglas que la autoría, es decir, existencia de calidad funcional, posesión de

atribuciones, deberes reglados que cumplir, dominio del hecho o, en su defecto, infracción del deber. Todo esto supone como mecanismo racionalizador mínimo la posibilidad de decidir la no realización del ilícito, con el agregado del aporte sustancial e interdependiente que condiciona el éxito del delito al aporte de cada coautor. **La coautoría en delito funcional con restricción de autoría solo se producirá tomando en cuenta estrictamente la vinculación funcional entre los coautores;** si alguno de los funcionarios que aporta actos no posee dicha vinculación, no podrá tratarse de un coautor sino de un cómplice.

No es lo mismo la coautoría y la autoría múltiple; este segundo supuesto de imputación personal implica actos de autoría desvinculados e independientes por sí solos.

- g) En el ámbito de la participación, el determinador o inductor a la tentativa o consumación de un delito de función puede ser tanto un particular o un funcionario. Puede darse asimismo coinducción entre particulares o entre particular y funcionario o inducción en cadena. **Para calificar el título de imputación por determinación,** inducción o instigación (términos sinónimos) **no se requiere la calidad de funcionario o servidor público.** En el caso de producirse determinación a cometer un delito de función, responderán a título de *autor* del delito el funcionario o servidor que lo consuma o ejecuta y como *determinador* el inductor —denominado también “hombre de atrás”— que forma la voluntad criminal. En los

casos de inducción en cadena, las dos personas de atrás responderán como *determinadores* (artículo 25º del Código Penal), mientras que el funcionario que incurre en cohecho lo hará a título de *autor*.

EJEMPLO

El particular que induce a la esposa de un funcionario para que esta, a su vez, induzca a su esposo-funcionario público a cometer delito de cohecho.

- h) En el segundo nivel de la participación, el de la complicidad, caracterizada por la contribución al delito mediante aportes que no ejecutan ni consuman el mismo sino que tan solo contribuyen a su ejecución o consumación, al igual que en la inducción, **cualquier persona puede ser cómplice**, ya sea otro funcionario o servidor público, como un particular.

5.2. Las tesis de la unidad de la imputación y de la autonomía de la imputación

Domina en la doctrina penal contemporánea, e igualmente en la jurisprudencia, para efectos de interpretar la participación y especialmente la complicidad, la tesis de la **unidad de la imputación**, según la cual quien colabora con el autor (funcionario o servidor público que es quien comete el delito funcional), mediante aportes secundarios durante la fase ejecutiva y hasta en la consumación (cómplice secundario) o aportes decisivos en fase previa a la ejecutiva (cómplice necesario o primario), responderá penalmente en el marco del delito que cometió o tentó el

autor, es decir, por el mismo delito funcional, sea este peculado, cohecho o abuso de autoridad, solo que el título de imputación personal será de cómplice secundario o primario y, por lo mismo, dicha persona se hará merecedora —en el primer caso— de pena menor.

Así lo ha señalado la Corte Suprema en distintas ejecutorias:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

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

» Ejecutoria Suprema del 14-01-2003, Exp. N.º 3203-2002, Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 231).

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

» Ejecutoria Suprema del 14-11-2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 1813-2003, Lima.

Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la “accesoriedad de la participación”, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas *extraneus* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo [...]. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder “en segundo término” y por tanto solo limitadamente.

» Precedente jurisprudencial del 11-10-2004, R.N. N.º 375-2004-Ucayali. (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545).

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

» Ejecutoria suprema del 30-12-2004, R.N. N.º 2976-2004-Lima. (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.º 6, Grijley, Lima, 2005, p. 546).

Esta misma posición se reiteró, ahora como doctrina legal vinculante, en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

9. [...] Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales [...] que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. El autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un *status* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio —claro está— de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad

de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente:

A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

12. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber —el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única—. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26º CP que regula las reglas de la incommunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber.

Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

» Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116, de 6 de diciembre del 2011, ff. jj. 9-12.

La tesis contrapuesta a la unidad es conocida como el de la **autonomía de la imputación**. Esta sostiene, en cambio, que el cómplice no puede responder por el delito funcional cometido por el funcionario o servidor en razón de que carece de dichas calidades funcionales, debiéndosele ubicar en un tipo común homólogo.

EJEMPLO

Quien colaboró con el funcionario vinculado por razón del cargo en la ejecución dolosa de una apropiación de caudales públicos debería responder por autoría en delito patrimonial común (apropiación o hurto, dependiendo de la forma de ejecución-consumación) y no por complicidad en peculado.

Esta tesis ha sido sostenida en algunas ejecutorias de la Corte Suprema:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este.

» Ejecutoria Suprema del 15-03-1994, Exp. N.º 1885-92-B, Ancash. (ROJAS PELLA, Carmen, *Ejecutorias supremas penales 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, p. 238).

Si bien el encausado en su calidad de Tesorero del Comité Vecinal, al solicitársele rendición de cuentas pretendió justificar supuestos gastos, recurriendo al engaño y la astucia, hasta por la suma de 12.546, se aprecia que el acusado no tiene la calidad de funcionario público, toda vez que fue elegido por los pobladores como integrante del Comité Vecinal, por lo que no se dan los elementos de tipicidad para la configuración del delito de peculado.

» Ejecutoria Suprema del 05-09-2002, Exp. N.º 2695-2001, Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 204).

Sin embargo, si bien esta posición ofrece cierta coherencia dogmática, tiene el inconveniente que por las características de diseño de nuestro Código Penal es imposible encontrar en su texto tipos homólogos para todo delito de función. La tesis de la autonomía, por lo demás, desestima el criterio de la accesoriedad de la complicidad, dominante en la dogmática penal, conforme al cual, al tratarse de actos de colaboración en un hecho principal, la situación jurídico-penal del cómplice acompaña a la del autor, no pudiéndose escindir el título delictivo de imputación.

5.3. Complicidad primaria y secundaria

En el tema de la complicidad en delito funcional puede producirse **complicidad secundaria** cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito. En este contexto de acción pueden aportar accesoriamente tanto otro funcionario o servidor público como un particular. En el caso del particular o *extraneus*, por más decisivas que sean sus contribuciones durante la fase ejecutiva o de consumación del delito, no podrá ser jamás coautor.

EJEMPLO

Así, tomemos el caso del cohecho, donde puede concurrir un particular con actuaciones que dominan el curso causal del hecho criminal, sin que el funcionario ejecute materialmente el ilícito, por ejemplo, al recepcionar el donativo o solicitándolo a nombre y con el consentimiento del funcionario. En tales casos, dichos aportes son determinantes para configurar la tipicidad objetiva del tipo penal; sin embargo, el particular seguirá siendo un cómplice.

Tratándose del funcionario que colabora, de llegar a adquirir sus aportes una calidad decisiva en la ejecución consumación del delito, ya que sin ellos el delito no se habría podido cometer, adquirirá la calidad de coautor. No obstante, hay que precisar bien si los delitos especiales exigen o no vinculación funcional, supuesto en el que de no tener el funcionario que colabora dicho agregado normativo igualmente no podrá constituirse en coautor del delito.

La **complicidad primaria** en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser *colaborador necesario* o *primario cualquier funcionario*, servidor público o un particular. Rige aquí las reglas generales de la complicidad primaria.

No puede existir ya colaboración una vez que el delito se consumó. Todo acto ulterior a la consumación es irrelevante penalmente a efectos de responsabilizar por el delito cometido, tanto para el autor o para otra persona. Queda solo la posibilidad de imputar receptación o encubrimiento, de estar imbuidos estos comportamientos de tipicidad dolosa.

Obviamente que lo dicho en los párrafos precedentes no resulta aplicable a aquellos delitos que no son especiales de función, ni propios ni impropios: tráfico de influencias (artículo 400º), cohecho activo (artículo 399º), cohecho activo específico (artículo 398º), peculado extensivo (artículo 392º) y a la extensión de punibilidad contenida en el artículo 386º del Código Penal. En todos estos casos se trata de tipos penales con sujeto activo indeterminado, por lo mismo autor o coautor del delito puede ser cualquier persona incluidos los funcionarios o servidores públicos. Pueden por lo mismo ser coautores los particulares y funcionarios, así como existir autoría mediata atribuible

a particular. La singularidad de estos tipos penales radica en la cercanía que se hallan con los delitos especiales, lo que ha originado que el legislador los incluya dentro de los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico genérico *administración pública*.

6. Clasificación de los delitos contra la administración pública

Son diversas las sistematizaciones realizadas en el contexto de los códigos penales de la legislación comparada.

Nuestro Código Penal vigente, siguiendo el esquema de Código Penal italiano de 1930, que reproduce el de 1889, hace uso de un sistema general de clasificación de los delitos contra la administración pública atendiendo a si quien lo comete es un particular o un funcionario público.

Así, en el Título XVIII contiene dos capítulos:

- Capítulo I, Delitos cometidos por particulares (comprende los artículos 361º al 375º).
- Capítulo II, Delitos cometidos por funcionarios públicos (comprende los artículos 376º al 401º-B).

Con base a este esquema general, cada capítulo se subdivide a su vez en secciones específicas que clasifican los delitos en razón a la naturaleza de la conducta ilícita.

En el Capítulo I del Título XVIII se encuentra una serie de delitos comunes que llegan a lesionar o poner en peligro el bien jurídico genérico *administración pública*, los que a su vez se agrupan en cinco secciones o rubros jurídicos (ver Cuadro N.º 4).

CUADRO N.º 4
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
COMETIDOS POR PARTICULARES

- | | |
|--|--|
| A. Usurpación de autoridad, títulos y honores | <ul style="list-style-type: none"> - Usurpación de funciones o mando militar (artículo 361º). - Ostentación indebida de función, grado académico, título profesional u honores (artículo 362º). - Ejercicio ilegal de profesión (artículo 363º). - Suscripción indebida de trabajo otorgada por profesional (artículo 364º). |
| B. Violencia y resistencia a la autoridad | <ul style="list-style-type: none"> - Coacción contra autoridad, funcionario o servidor público (artículo 365º). - Coacción específica contra funcionario o su asistente (artículo 366º). - Coacción agravada (artículo 367º). - Desobediencia o resistencia a la autoridad (artículo 368º). - Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión (artículo 368º-A). - Ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros de detención o reclusión (artículo 368º-B). - Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios (artículo 368º-C). - Posesión indebida de teléfonos celulares o, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (artículo 368º-D). - Ingreso indebido de armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos en establecimientos penitenciarios (artículo 368º-E). - Violación de fueros de autoridad (artículo 369º). - Violación de distintivos policiales (artículo 370º). - Incumplimiento de deberes procesales (artículo 371º). - Violación de medios de prueba (artículo 372º). |

C. Desacato

El rubro delictivo del desacato, que contenía dos especies delictivas, ha quedado únicamente, por efecto de la Ley N.º 27975 del 29 de mayo del 2003 (que derogó el artículo 374º que regulaba el desacato ofensivo), con el tipo de desacato mediante desorden (artículo 375º).

El Capítulo II del Título XVIII, que reúne a los delitos cometidos por funcionarios públicos se halla estructurado con base a cuatro secciones o rubros jurídico-penales (ver Cuadro N.º 5).



A. Abuso de autoridad

- Abuso genérico de autoridad (artículo 376º).
- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (artículo 376º-A).
- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (artículo 376º-B).
- Delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales (artículo 377º).
- Delito de denegación o deficiente apoyo policial (artículo 378º).
- Requerimiento ilegal de la fuerza pública (artículo 379º).
- Abandono de cargo (artículo 380º).
- Nombramientos ilegales (artículo 381º).

B. Concusión

- Concusión propia (artículo 382º).
- Exacción ilegal (artículo 383º).
- Colusión simple o agravada (artículo 384º).
- Patrocinio ilegal de intereses particulares (artículo 385º).
- Extensión de punibilidad a particulares (artículo 386º).

C. Desacato

- Peculado doloso básico o simple (artículo 387º, primer párrafo).
- Peculado doloso agravado por la cuantía (artículo 387º, segundo párrafo).
- Peculado doloso agravado por el destino de los bienes (artículo 387º, tercer párrafo).
- Peculado culposo básico (artículo 387º, cuarto párrafo).
- Peculado culposo agravado (artículo 387º, cuarto párrafo, *in fine*).
- Peculado de uso (artículo 388º).
- Malversación de fondos básica o simple (artículo 389º, primer párrafo).
- Malversación de fondos agravada (artículo 389º, segundo párrafo).
- Demora injustificada de pagos (artículo 390º).
- Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (artículo 391º).
- Peculado y malversación extensiva o impropia (artículo 392º).

D. Corrupción de funcionarios

- Cohecho pasivo propio (artículo 393º).
- Cohecho pasivo internacional (artículo 393º-A).
- Cohecho pasivo impropio (artículo 394º).
- Cohecho pasivo propio específico (artículo 395º).
- Cohecho pasivo específico de secretario o auxiliar de justicia (artículo 396º).
- Cohecho activo genérico (artículo 397º).
- Cohecho activo transnacional (artículo 393º-A).
- Cohecho activo específico (artículo 398º).
- Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo (artículo 399º).
- Tráfico de influencias (artículo 400º).
- Enriquecimiento ilícito (artículo 401º).

Como podrá apreciarse, existen algunas incongruencias en las clasificaciones que contiene el Código Penal, sobre todo en la inclusión de los tipos penales de tráfico de influencias y los tipos de cohecho activo en el capítulo reservado a los delitos cometi-

dos por funcionarios públicos, en la medida que dichos delitos pueden ser realizados por cualquier persona y no restrictivamente por funcionario o servidor público.

7. Bibliografía

- ABANTO VÁZQUEZ, Manuel, “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 17, Lima, 2005, pp. 19-51.
- BREGAGLIO LAZARTE, Renata, “La implementación de las convenciones internacionales para la lucha contra la corrupción. Un análisis de las normas autoejecutivas en el derecho penal”, en MONTROYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- CABRERA VÁSQUEZ, Marco y QUINTANA VIVANCO, Rosa, *Introducción al estudio de la función pública*, Sagsa, Lima, 1988.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 3.ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Responsabilidad penal del partícipe *extra-neus* en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos”, en CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública*, Jurista, Lima, 2014.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1996.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.
- PARIONA ARANA, Raúl, "Participación en los delitos especiales", en *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*, Ara, Lima, 2006.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, "El concepto penal de funcionario público", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.º 27, Madrid, 1985, pp. 506 y ss.
- ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.
- RUEDA MARTÍN, Ángeles, "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública", en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Delitos contra la administración pública*, Idemsa, Lima, 2013.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, "Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 55, Lima, 2014.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Delitos de funcionarios: aproximación a su parte general", en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, N.º 3, Las Palmas de Gran Canaria, 1999.

CAPÍTULO CUATRO

DELITOS DE ABUSO
DE AUTORIDAD

(Artículos 376° al 381°)

1. Introducción y aspectos generales

El Código Penal peruano recoge en su Sección Primera del Capítulo II del Título XVIII una serie de delitos que, por las particularidades de su descripción típica y el modo como lesionan el bien jurídico, han sido agrupados bajo el *nomen iuris* “abuso de autoridad”.

Se trata de una serie de delitos especiales propios estructurados con base a un primer tipo penal de abuso genérico de autoridad, de **autoría restringida y exclusivizada en el funcionario público**, a partir del cual se regulan una serie de delitos más específicos de abuso en los que se va precisando en qué consiste el abuso cometido por el funcionario y en varios casos se amplía el círculo de autores para comprender también a los servidores públicos.

En comparación con el sistema de presentación de los tipos penales de abuso de los códigos penales precedentes, se ha ido evolucionando de un sistema netamente casuístico del Código Penal de 1863, pasando por un sistema mixto técnico-casuístico (el código de 1924), hasta llegar al modelo técnico actual que restringe las designaciones detalladas al mínimo.

La política penal con relación a los diversos delitos de abuso funcional que son susceptibles de comisión y que se encuentran

regulados en el Código Penal ha optado por concentrar determinados supuestos de hecho en la ya referida Sección Primera, así como por regular de modo difuso otras hipótesis de abuso a lo largo del Código Penal y bajo el marco normativo de distintos rubros penales. Así, por ejemplo, el delito de detención ilegal, que está regulado en el artículo 419º, en el capítulo dedicado a los “Delitos contra la administración de justicia”; o el caso del delito de allanamiento ilegal, que se halla contenido en el artículo 160º, en el título que se ocupa de los “Delitos contra la libertad”.

La utilización de la **denominación *delitos de abuso de autoridad* no es propiamente muy afortunada** (existe un error de selección en el *nomen juris*), pues no se trata de restringir la autoría a los funcionarios-autoridad y dejar en un rango de impunidad al resto del funcionariado, y por lo mismo efectuar interpretación en el sentido de que solo puede cometer el delito quien posea autoridad. Las legislaciones penales contemporáneas no hacen ya alusión al abuso de autoridad en cuanto esquema clasificatorio, sino que utilizan la frase más abierta de abuso de atribuciones o restrictiva de abuso de funciones, en ambos casos más acordes con el mensaje de la norma penal que busca proteger al bien jurídico genérico “administración pública”. Si revisamos otros códigos (de Colombia o Chile, o cualquier otro código), en ellos se hace referencia a los “delitos de funciones” o a los “delitos de abuso de atribuciones”. La frase “delitos de abuso de autoridad” proviene de una tradición histórica, incorporada por el Código Penal italiano de 1889, que fue de donde se extrajo el modelo que sirvió como base al Código de 1924 y que se ha reproducido y mantenido hasta la fecha como “delitos de abuso de autoridad”. Esta confusión debe de ser superada: no se trata de delitos de abuso de autoridad, **se trata más bien de delitos referidos a abuso de funciones o atribuciones.**

Los delitos de abuso de autoridad están descritos en los artículos 376º al 381º. Este catálogo de delitos contiene dos marcados grupos de delitos de abuso de atribuciones:

- a) Los primeros caracterizados por su **descripción en términos generales** y que posibilitan la incorporación en su tenor significativo de una gran cantidad de comportamientos típicos. Se encuentran regulados en los artículos 376º y 377º del Código Penal y han sido legislativamente redactados como tipos penales genéricos.
- b) Los segundos de redacción típica más cerrada, son los **delitos de abusos específicos** que se hallan registrados en los artículos 378º al 381º del Código Penal. Como su nombre lo dice, describen conductas específicas. El artículo 381º señala lo siguiente: “El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales [...]”. Es claro que el tipo penal descrito es de naturaleza específica. Asimismo, el artículo 378º del Código Penal (cuya redacción estipula: “El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido [...]”) constituye otro claro ejemplo de delito de abuso nominado o específico, pues en ambos casos se entiende literalmente en que consiste la arbitrariedad que comete el sujeto activo del delito.

Todos los delitos de abuso de autoridad genéricos o específicos tienen una **pena mínima**: de dos días a dos o tres años, con excepción del delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, cuyo extremo máximo de pena se eleva a seis años. Otras legislaciones penales determinan pena distinta. En Francia, por ejemplo, el Código Penal establece dos tipos de abuso: el abuso contra la administración pública, que tiene una pena de hasta 5 años, y el abuso contra los derechos fundamentales, que llega a tener una pena de hasta 20 años.

Vemos así que **las penalidades de los delitos de abuso de autoridad están planteadas con base a criterios de mínima penalización**. En estos delitos rige el principio de *ultima ratio*, en razón de que en varios de ellos hay actos e interacciones administrativas, que dejan espacio para que sea la injerencia administrativa disciplinaria quien actúe primero a fin de determinar la gravedad de los comportamientos, establecer sanciones, amonestaciones, multas e incluso destituciones cuando el abuso afecte la imagen del funcionario ante la sociedad, antes de hacer ingresar la injerencia punitiva.

En los delitos de abuso de autoridad —sobre todo en los artículos 376º y 377º— la administración pública es el sujeto pasivo, es decir, la entidad formal que sufre el agravio jurídico del delito. Pero los ciudadanos o los colectivos sociales son los titulares materiales de los abusos porque la conducta del funcionario casi siempre está dirigida al destinatario de la función del servicio, y los abusos por lo tanto repercuten en los ciudadanos, en las empresas o en los colectivos sociales.

EJEMPLO

Un delito de abuso de autoridad a nivel de incumplimiento de funciones (artículo 377º del Código Penal) significa que el funcionario no emite la resolución o realiza el acto funcional que le están debidamente pidiendo, y esto genera en el destinatario o en el usuario un cúmulo de situaciones que le son perjudiciales, debido a que no puede reordenar su vida, porque está destituido y con esa resolución podrían restablecerlo en el cargo. Es evidente la gravedad de la afectación en sus bienes jurídicos.

El abuso de autoridad también **puede proyectarse internamente de funcionario a servidor público** y recibe la misma penalidad. El legislador ha preferido no efectuar en este punto diferencias ni de criminalización ni de penalidad.

En los abusos de autoridad **no interesa la afectación del patrimonio público del Estado, ni de los particulares**. En la realidad pueden producirse indirectamente estas afectaciones pero ello no agrega ni resta contenido de tipicidad a las figuras de abuso de autoridad. Sucede, a veces, que cuando se denuncia por abuso de autoridad se enfatiza en exceso la afectación al patrimonio público, cuando este no es un elemento constitutivo del abuso de autoridad, en el contexto de los artículos 376º al 381º del Código Penal. Esto nos revela que el énfasis de la norma penal en este punto radica en la existencia de la función o servicio y en el quiebre de las atribuciones y competencias más allá de la afectación patrimonial.

2. Tendencias actuales en la legislación comparada

Tres líneas actuales definen las tendencias contemporáneas con relación a los delitos de abuso de autoridad:

- a) La **ampliación del círculo de autores** para comprender también como sujeto activo a los servidores públicos, en los sistemas jurídico-administrativos que establecen diferencias entre funcionarios y servidores. Para ello se parte del presupuesto de que lo que tiene que estar sometido a conminación penal por parte del código es el uso doloso de las atribuciones de las que gozan dichos agentes públicos en tanto supongan perjuicios para terceros conforme a las diversas hipótesis regladas de abuso (Colombia).
- b) **Diferenciar** entre una fórmula legal de **abuso funcional que lesiona la administración pública** y otro que **lesiona derechos fundamentales de la persona** (Francia, España), de forma tal que el titular del sujeto pasivo, agraviado con el comportamiento delictivo, no sea siempre el Estado o la administración pública.
- c) **Matizar la criminalización del abuso funcional** estableciendo modalidades agravadas y sujetas a elevada sanción penal (Francia). Esta opción de política penal parte de la consideración que debe existir una equiparación en los diseños políticos penales de forma que las penalizaciones elevadas no solo vayan al sector de los delitos comunes sino también al de los delitos funcionales, tradicionalmente caracterizados por la mínima intervención de los criterios de prevención general negativa.

3. El delito de abuso genérico de autoridad

ARTÍCULO 376º. El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011. Anteriormente había sido modificado por la séptima disposición final de la Ley N.º 28165, publicada el 10.01.2004)

3.1. Características

Nos encontramos ante un **delito especial propio**, por lo mismo, imposible de ser cometido por particulares.

Es una **figura penal subsidiaria**, vale decir, que solo será aplicable al supuesto de hecho cuando las demás figuras legales de abuso concentradas o difusas en el Código o en leyes especiales, de existir estas, no resulten adecuadas conforme a los principios de especialidad y absorción.

Se trata de un delito que **no define cuál es el acto arbitrario**, por lo mismo posee naturaleza genérica o innominada, en el cual el tipo penal se abre, hallándose limitado tan solo por los otros indicadores de tipicidad objetiva.

Por lo general, la mayoría de abusos funcionales **suponen la existencia de una base administrativa previa de irregulari-**

dad, dada por los actos administrativos que deciden o ejecutan las administraciones públicas a través de sus funcionarios, lo cual permite señalar que la intervención penal en este campo cumple una función de mínima intervención.

La primera regla de interpretación del delito de abuso de autoridad es que **solamente se reprime al funcionario no al servidor**. La segunda regla es que para que se reprima al funcionario, este tiene que abusar de sus atribuciones, lo que significa que para que exista tipicidad, **el funcionario debe poseer la atribución de la que abusa**. Si la infracción que se les está imputando no forma parte de sus atribuciones, no podrá haber delito de abuso de autoridad.

EJEMPLOS

El fiscal que detiene a alguien y lo lleva a una comisaría, y al llegar a esta, ordena que se le mantenga allí durante 24 horas, está cometiendo un abuso pero no está configurando típicamente el delito de abuso de autoridad del artículo 376º del Código Penal, dado que no es su atribución la de detener a las personas. Si la policía acata lo dicho por el fiscal, sí incurrirá en el delito de abuso de autoridad, dado que se estará deteniendo a la persona sin motivo ni razón que justifique tal comportamiento.

Un juez que estando de vacaciones o de licencia, desde su casa libra el mandato de detención o da una orden de inmovilización de cuenta de un banco, no puede cometer abuso de autoridad porque no está en ejercicio de atribuciones; el tipo legal exige que el funcionario se encuentre en ejercicio efectivo de sus atribuciones. Se trata, como es evidente, de un caso de usurpación de funciones, en ambos casos.

Por la forma como están diseñados los componentes de su tipicidad objetiva, el legislador ha construido un tipo penal que extrema los filtros a efectos de proteger al funcionario de las imputaciones por este delito (abuso de atribuciones, acto arbitrario, perjuicio), por lo que **no cualquier conducta de abuso asumirá relevancia penal**, presentándose así un extenso campo de abusos culposos o negligentes reconducibles por vía administrativa.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

[Diferencia del delito de abuso de autoridad con el delito de usurpación de autoridad]. El funcionario público que abusando de sus funciones ordene o cometa un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro o haga mal uso de su función comete delito de *abuso de autoridad*. El delito de *usurpación de autoridad* consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública, esto es, que se asuma o ejerza funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente.

» Ejecutoria Suprema emitida el 12 de mayo de 1993. Exp. N.º 1971-92 (*Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, PUCP, Lima, 2014, p. 17).

3.2. Bien jurídico protegido

El objeto de protección de la norma penal busca en lo general **asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la administración pública**. En lo específico, se trata de configurar un marco jurídico de ejercicio funcional al margen de manifestaciones o exteriorizaciones abusivas de poder del que goza el funcionario público. Se trata entonces de asegurar que los actos de los funcionarios públicos se sujeten a la observancia de la legalidad y la exclusión del abuso de poder.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL DE APELACIONES

El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares.

» Exp. N.º 137-98, Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de Lima del 18 de marzo de 1998. (*Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, PUCP, Lima, 2014, p. 15).

Que, el artículo 376º del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera.

» Exp. N.º 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998. (*Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, PUCP, Lima, 2014, p. 15).

3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

La tipicidad objetiva del delito de abuso de autoridad posee los siguientes componentes:

- Elemento normativo.
- Abuso de atribuciones.

- Comisión u orden administrativa (o fáctica).
- Acto arbitrario.
- Perjuicio de alguien.

a. *El funcionario público*

El elemento normativo del tipo penal 376º constituye la puerta de ingreso a la tipicidad objetiva del abuso genérico de autoridad. Dicho elemento está dado por la existencia de un funcionario público que comete u ordena el delito, es decir, por el autor. **Nadie más que él ejecuta o consume el delito.**

El concepto *funcionario público* es aquí de carácter formal, vale decir, de base administrativa, **no pudiendo tratarse de un funcionario equiparado**, al no existir norma penal que así lo establezca, a diferencia de lo que acontece con el peculado y la colusión desleal. Igualmente **no ingresa en los alcances de la autoría el funcionario extensivo o anticipado** que ha establecido la Convención Interamericana contra la Corrupción, por cuanto el abuso de autoridad es una figura penal distante de las figuras de corrupción de funcionarios.

El inciso tercero del artículo 425º que llega a comprender a aquellos que ejercen funciones al interior de entidades u organismos del Estado con prescindencia de cuál sea la vinculación, contractual o laboral, resulta el único dispositivo al interior del Código Penal que faculta flexibilizar la base administrativa del elemento normativo “funcionario público” en el delito de abuso de autoridad.

La **variedades específicas de funcionario público** susceptible de cometer el delito regulado en el artículo 376º son de

todo orden: del gobierno central, de los gobiernos regionales, municipalidades, gobiernos locales, entidades autónomas, instituciones descentralizadas, poderes legislativo y judicial, Jurado Nacional de Elecciones, militares, policiales, etc. Puede tratarse igualmente de funcionarios-autoridades, funcionarios de confianza (políticos, técnicos), gestión interna, de representación (diplomáticos, procuradores), de facto o provisionales (interinos, suplentes), *ad honorem*, remunerados, etc., a condición —estos últimos— que gocen de las facultades de poder inherentes al funcionario.

b. *El abuso de atribuciones*

El funcionario público deberá hallarse en ejercicio efectivo de funciones para que sea susceptible de llenar las exigencias de tipicidad objetiva-normativa de la figura penal 376º, vale decir, para que pueda abusar objetivamente de las atribuciones que el cargo o la función le confiere. Como es fácil percatarnos, estamos ante un concepto dinámico (de funcionario) y normativo de la locución “abuso de atribuciones”, que centra su atención en lo que hace (*comete u ordene*) dicho sujeto público dentro del ámbito de sus atribuciones más allá de lo legalmente permitido. Funcionarios que se hallen de licencia, vacaciones, fuera de su ámbito de jurisdicción o incluso de competencia, no podrán ejercer abuso de atribuciones en el sentido típico exigido por el delito de abuso de autoridad, pese a que efectivamente puedan cometer u ordenar actos lesivos y arbitrarios contra alguien, pero dichos actos no podrán ser subsumidos en la tipicidad objetiva del artículo 376º del Código Penal ni en los tipos especiales de abuso de autoridad, por la sencilla razón que no se puede abusar

de lo que no se tiene. Y lo que debe tener el funcionario, para ser comprendido por abuso de autoridad al ordenar o cometer el acto arbitrario y perjudicial, son atribuciones en el momento y en el lugar que ejecuta y/o consume el delito, para poder emplearlas abusivamente.

EJEMPLO

Por ejemplo, un Ministro de Estado no puede disponer la detención de una persona; un juez no podrá solicitar pena o acusar a un ciudadano. Un Presidente de la República es incompetente para ordenar un allanamiento de domicilio, un procurador público no podrá negociar a nombre del Estado en las contrataciones públicas. Un funcionario del Ministerio del Ambiente no podrá incautar libros de contabilidad, ni un policía decidir un mandato de detención. En todos estos casos, dichos funcionarios carecen de las atribuciones legales para ello, aunque de facto pueden practicar dichas conductas, pero dicha práctica u orden es absolutamente irrelevante para denunciarles por abuso de autoridad, pudiendo tratarse de conductas tan diversas como coacciones, usurpación de funciones, secuestros, etc.

El **abuso de atribuciones** (esto es, de las facultades que el Estado —en sentido amplio— le confiere a todo funcionario público) supone:

- a) En primer lugar, la existencia previa y reglada de atribuciones que le dotan a dicho agente de las peculiaridades que le distinguen de otros funcionarios y de los servidores públicos.
- b) En segundo lugar, el funcionario deberá abusar de dichas facultades poseídas legalmente, ya sea haciendo

un mal uso de las mismas, esto es, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o ya sea extralimitándose en sus funciones actuando más allá de lo permitido, solicitado o requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública, consiguientemente determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente.

» R. N. N.º 2240-2002-Arequipa, Ejecutoria Suprema del 6 de agosto de 2003 (*Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 75, Lima, 2004, p. 266).

Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia.

» Exp. N.º 20-2003-A.V., Sala Pena Especial. Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005 (Caso “Mobetek”), f. j. 32.

c. *Cometer u ordenar un acto arbitrario*

El **acto arbitrario** se define como toda decisión personal que no se halla legitimada por lo dispuesto en el **ordenamiento jurídico** sino que responde a intereses subjetivos del funcionario público, y que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos. Con el acto arbitrario el sujeto público pone de manifiesto su desprecio por la legalidad, al no estar guiada su conducta funcional por la ley y los intereses públicos, sino por finalidades distintas y dolosas que causan perjuicio tanto a la administración pública y a las personas que son objeto o destinatarios de la decisión arbitraria.

En el acto arbitrario se aprecia un **aspecto subjetivo**, que está dado por el predominio o la hegemonía de la voluntad personal caprichosa, antojadiza del funcionario, que forma la decisión administrativa; y por un **aspecto objetivo**, expresado en el acto material que causa la lesión o perjuicio.

Corno es obvio entender, el acto arbitrario del delito de abuso de autoridad **es un acto administrativo anómalo**, irregular, que nace viciado o nulo de derecho, que no forma parte de la función pública. De ahí entonces su relevancia penal para concretar el delito. De no existir acto arbitrario, y por lo mismo perjuicio, la conducta solo quedaría al nivel de un abuso funcional sin consecuencias materiales, lo que hará atípica la figura por insuficiencia de componentes objetivos. Por lo demás, el acto arbitrario que el agente comete u ordena deberá hallarse en íntima relación causal imputable con el abuso de atribuciones.

Cometer u ordenar el acto arbitrario constituye el núcleo de la conducta típica que condensa las modalidades de acción

del agente. El abuso de autoridad puede ser así mediante comisión o mediante orden:

- a) En el primer caso (**mediante comisión**), cuando quien ejecuta y consuma el delito es el propio funcionario público, quien puede valerse de cómplices que coadyuvan en la ejecución de su decisión, pero siempre será él quien posee el control e interviene directamente en la ejecución material de los actos arbitrarios perjudiciales.
- b) En el segundo caso, el abuso **mediante orden** presupone dos niveles de actos ejecutivos: la preexistencia de la orden de ejecutar el acto arbitrario y la ejecución propiamente. En esta segunda hipótesis legal de abuso, el funcionario hace uso de la estructura administrativa para que sean otros quienes lleven a la práctica el acto arbitrario, incluso puede valerse de *extraneus* al sector público, pero siempre tendrá el control del acto.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376° del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjuicio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir, que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...]. Cabe acotar que **no es un acto arbitrario** la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuentra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los

principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión.

» Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2013, R. Q. N.º 17-2013.

d. *El perjuicio de alguien*

El perjuicio en el abuso de autoridad genérico tiene dos lecturas ambas pertinentes: una formal y otra material.

- a) **El perjuicio, en sentido formal**, que sufre la administración pública es de afectación a su regularidad y buena marcha, generada por el comportamiento abusivo del funcionario. El sistema de normas jurídicas que obliga a los funcionarios a fomentar el bien jurídico protegido —mantenerse en los cánones de legalidad— sufre el impacto de la infracción. No se trata así de una afectación material, a diferencia de lo que puede acontecer con el perjuicio al destinatario material de la acción ilícita, por lo general, un particular o colectivo social.
- b) **En sentido material**, el perjuicio está representado por la lesión o menoscabo en sus derechos que sufre la persona involucrada negativamente con la acción del agente. El perjuicio puede ser de naturaleza múltiple, la norma en este punto no establece restricciones, pudiendo adquirir características económicas, administrativas, de tiempo, aflictiva, moral, de imagen, etc. El perjudicado puede ser un particular, una persona jurídica, un colectivo social, incluso otra entidad pública. La norma penal al haber hecho uso del

pronombre indefinido “alguien” está dejando abierta la interpretación para llenar de contenido el término.

El componente material “**perjuicio**” es así decisivo para configurar tipicidad objetiva por delito de abuso de autoridad, y debe ser de naturaleza verificable con base a criterios objetivos de observación-contrastación.

Resulta importante destacar que el componente material “perjuicio” que forma parte del tipo penal cumple una función de filtro para evitar los probables desbordes de tipicidad que podrían producirse de dejar la fórmula del abuso de autoridad sin esta condición de razonabilidad para legitimar la injerencia penal.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

[El] delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, [...] establece [que]: “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto a cargo [...]”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien.

» R. N. N.º 231-2011-Tacna, considerando cuarto (*Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 21-22).

El delito **requiere de dolo** para que opere la consumación integral de esta figura delictiva. El dolo en este caso significa que el agente conozca que está abusando de la función y que conduce su comportamiento en abierta infracción a lo establecido por las leyes y el ordenamiento jurídico.

La naturaleza dolosa del abuso permite diferenciar este delito de las simples irregularidades o errores en la dación de órdenes o en la ejecución de los actos administrativos, los mismos que se canalizarán por el conducto de la corrección o sanción administrativa.

3.4. Consumación y tentativa

En ambas modalidades de abuso (mediante ejecución o a través de orden) la consumación del delito **se efectivizará cuando se haya producido el perjuicio** originado por el acto arbitrario. Perjuicios ocasionados por actos reglados o ajustados a ley no son relevantes penalmente.

El *iter criminis* del abuso de autoridad **admite** sin problemas las diversas formas de **tentativa**. En los casos en que la orden y la ejecución forman una estrecha unidad de acción en el tiempo (por ejemplo, órdenes policiales arbitrarias, donde la orden es ya ejecución), es difícil apreciar tentativa.

La simple orden que no trasciende el ámbito administrativo es insuficiente para consumir el delito.

3.5. Penalidad

Se impone pena privativa de la libertad de dos días a 3 años de pena privativa de la libertad, más pena de inhabilitación (artículo 426° del Código Penal) que oscila entre uno y tres años, consistente en pérdida de la función o cargo público e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 36°, numerales 1 y 2 del Código Penal.

La pena se agrava (2 a 4 años de pena privativa de libertad más inhabilitación) cuando el abuso deriva de un procedimiento de cobranza coactiva.

Esta circunstancia agravante de carácter específica quiebra en parte el carácter genérico del abuso funcional, pues por los componentes que le son propios a los procedimientos de cobranza coactiva puede deducirse la naturaleza específica de los actos arbitrarios.

4. Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios

ARTÍCULO 376°-A. El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo en favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 2° de la Ley N.° 28355, publicada el 06.10.2004, que reubrió y reformó este artículo)

4.1. Características

Nos encontramos ante una especial figura de abuso de autoridad caracterizada por una finalidad específica.

Como podrá advertirse de la lectura del tipo penal, este delito **se halla íntimamente asociado con los actos administra-**

tivos de ejecución de los programas de apoyo y asistencia social, que la norma ha detallado en los delitos de peculado propio e impropio dolosos y en el de malversación de fondos.

Para tener una mayor configuración conceptual y normativa del delito en estudio habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública) donde se establecen una serie de principios y prohibiciones en el ejercicio de la función pública.

4.2. Bien jurídico protegido

Harto problemático es sustentar que aquí el bien jurídico agredido **es el principio de imparcialidad** —característico de los delitos de cohecho—, por cuanto no se trata de que los funcionarios o servidores actúen libres de presiones en la formación de sus decisiones, sino que ellos precisamente están coactando la voluntad de los perjudicados directos, sobre quienes orientan su comportamiento a efectos de obtener determinados direccionamientos volitivos.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Con exclusividad **puede ser autor únicamente el funcionario o servidor público** que se aprovecha de dicha condición. En la hipótesis que el sujeto público considere que está actuando de conformidad a reglamento u obedeciendo órdenes superiores, es decir, sin hacer prevalimiento del cargo, existirá en el supuesto de hecho una causal de atipicidad o de antijuridicidad para ver en él al sujeto activo de dicho delito. El ámbito de comprensión del funcionario no tiene restricciones: puede ser tanto un funcionario público civil o militar; de carrera o de confianza; uno

de alto rango jerárquico o uno intermedio; un funcionario que actúa por razón del cargo o uno delegado; un funcionario desde la perspectiva administrativa o desde la lectura penal extensiva, etc. Cabe incluso que se trate de un funcionario que al momento de los actos se encuentra de vacaciones o en situación de no ejercicio efectivo, pero sin que haya perdido su calidad funcional.

Los **partícipes**, tanto los inductores como los cómplices primarios y/o secundarios pueden ser indistintamente particulares u otros funcionarios o servidores públicos (civiles o militares) siempre que, en el caso de estos últimos, no dominen o controlen funcionalmente el hecho, pues en tal caso pasarán a ser coautores del delito.

El **sujeto pasivo**, esto es, el titular del bien jurídico agredido viene a estar constituido por la Administración Pública, lo cual no representa óbice para considerar que los destinatarios sean considerados perjudicados directos con la concreción del comportamiento de prevalimiento y presión efectuado por el sujeto activo.

Son **componentes objetivos de la conducta típica** del autor:

- a) ***Valerse de la condición funcional.*** El agente, conector de su calidad de funcionario o servidor público y del poder que da el cargo o empleo, tiene que hacer uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o que se desprendan de su calidad especial, esto es, del estatus que ocupa, que serán más eficaces según el rango o jerarquía de dicho sujeto público. Obviamente estamos frente a una extralimitación, un desbordamiento en la conducta del

sujeto público que explica el prevalimiento, el aprovechamiento realizado.

- b) ***Condicionar la distribución de bienes o la prestación de servicios públicos.*** El uso del verbo “**condicionar**” implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la ejecución del programa. Supone una suerte de presión psicológica sobre su voluntad a efectos de conducirlo a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo. La referencia a la palabra “**distribución**” hace referencia tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa. Los bienes, vale decir, los objetos provistos de contenido patrimonial valuable en dinero, son entendidos en sentido genérico, tanto muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, de escaso o gran valor. El referente del escaso valor de los bienes en juego merecerá sin embargo la estimación del fiscal o del juez a efectos de aplicar los sucedáneos derivados de los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del derecho penal (lo mismo cabe señalar con relación a la prestación de servicios), o en todo caso reputarlas circunstancias de aminoración de pena, de considerarse que el monto económico re-

sulta irrelevante dado que se trata de un delito de infracción del deber. La prestación de servicios, al igual que en el caso de la distribución de bienes, puede admitir un amplio abanico de modalidades limitadas sólo por los contenidos del programa de apoyo o desarrollo social.

La norma penal ha fijado una restricción a la tipicidad objetiva del delito que debe registrar el supuesto de hecho: que la acción se contextualice en el ámbito de los programas públicos de apoyo o desarrollo social. Tanto la distribución de bienes como la prestación de servicios deberán corresponder a estos fines sociales. En el marco de esta restricción, el legislador ha separado los programas de apoyo, asistencia o desarrollo social llevados a cabo por organismos internacionales o entidades privadas, lo cual nos parece razonable.

Cabe referirse, por ejemplo, al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA) que intenta aliviar la pobreza de un importante sector del país y que según datos del 2013 benefició a 3.8 millones de personas, para entender lo que significa condicionar la distribución de bienes con fines políticos o electorales.

Valerse de su condición funcional para condicionar expresa así un mensaje inaceptable para la norma penal y una incompatibilidad manifiesta para la base administrativa que sustenta el accionar del funcionario o servidor público.

- c) ***Con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral.*** Define la tipicidad objetiva del tipo el propósito, la motivación de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros. Por “**ventaja política**” puede entenderse toda posición de predominio o privilegio conseguido, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, etc., apuntalando algún proyecto o interés personal del funcionario o servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas. Las “**ventajas electorales**” están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la administración pública. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades.

En cuanto a la dirección o beneficio de la ventaja, se coloca la norma penal en dos supuestos que pueden llenar de contenido el tipo legal, ya que tanto puede ser para propio beneficio del funcionario o servidor como para favorecer a terceros. El término “**terceros**” puede comprender a particulares como a otros sujetos públicos.

Al tratarse de un delito de propósito o finalidad específica, se hace exigible por su propia naturaleza la **presencia**

de dolo directo. El agente además de conocer los componentes de tipicidad objetiva del tipo (a saber, que es un funcionario o servidor público en ejercicio que está abusando de sus atribuciones al prevalerse de las mismas o que se halla condicionando a los beneficiarios de los programas de apoyo social la entrega de bienes o la prestación de servicios a cambio de favores políticos o electorales), debe dirigir su voluntad a la prosecución de las finalidades u objetivos contemplados en la norma penal. No basta pues que el agente obre con dolo eventual: las frases “valiéndose de su condición de funcionario”, “condiciona la distribución” y “con la finalidad de obtener” son elocuentes para confirmar la presencia de dolo directo en la estructura de tipicidad global del tipo penal.

Por tratarse de un **delito de simple actividad y de peligro**, que se consuma en el hecho del condicionamiento de la entrega o prestación de servicios con la finalidad de obtener el sujeto activo ventajas políticas y/o electorales, nos hallamos frente a un delito de consumación instantánea y de conducta comisiva, que puede terminar en un solo acto o en una sucesión de los mismos. El condicionamiento puede admitir diversas expresiones: negativa a cumplir con la ejecución del programa; pactos de adherencia, concurrencia a manifestaciones de apoyo o de recepción a determinados funcionarios públicos, firmas de adherentes, actos fabricados de desagravio, etc.

Por la forma en que está redactado el tipo penal no es exigible que necesariamente el agente haya obtenido la ventaja política o electoral de cualquier tipo a la que alude la norma.

La posibilidad de tentativa es remota.

4.4. Penalidad

La **pena es conjunta**, tanto privativa de libertad como inhabilitación. El *quantum* de pena privativa conminada es de 3 en el extremo mínimo y hasta 6 años en el extremo máximo. Lo cual hace propicia la condena con pena condicional o con suspensión del fallo.

La inhabilitación especial es conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal y comprende:

- a) Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- b) Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

5. Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles

ARTÍCULO 376º-B. El funcionario público que, en violación de sus atribuciones u obligaciones, otorga ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sobre bienes de dominio público o bienes de dominio privado estatal, o bienes inmuebles de propiedad privada, sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena priva-

tiva de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años.

(Texto conforme a la incorporación efectuada por la quinta disposición complementaria transitoria de la Ley N.º 30327, publicada el 21.05.2015)

5.1. Características

Conforme a lo dispuesto por la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N.º 30327, publicada el jueves 21 de mayo de 2015 en el diario oficial *El Peruano*, se ha incorporado este artículo.

Nos encontramos ante otra especial figura de abuso de autoridad caracterizada por una finalidad específica.

Nos encontramos ante un delito especial propio, por lo mismo imposible de ser cometido por particulares.

Como podrá advertirse del marco general de la Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible, Ley N.º 30327, este delito se encuentra relacionado con los actos de otorgamiento de títulos o derechos sobre cualquier tipo de bienes inmuebles (de dominio público o de dominio privado estatal, o de propiedad privada), pero particularmente los que tienen que ver con territorios de pueblos indígenas o de comunidades campesinas o nativas.

5.2. Bien jurídico protegido

El **objeto de protección de la norma penal** busca asegurar el correcto y regular desenvolvimiento de la administración pública. El **bien jurídico** específico en este tipo penal tiene como

objeto asegurar la conducta funcional de los sujetos públicos, referenciándola con exclusividad en la sujeción a la ley, el derecho y el ordenamiento jurídico. En la base fundante de la norma penal se halla el enunciado normativo que obliga al funcionario público a encauzar sus actos de emisión de títulos de propiedad u otorgamiento de derechos de posesión conforme a los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

5.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Estamos frente a una figura penal que configura un modelo autónomo de comportamiento ilícito.

El tipo penal tiene como núcleo rector la frase “**otorga ilegítimamente**” derechos de posesión o emite títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

Para tener una mayor configuración conceptual y normativa del delito en estudio habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales (Ley N.º 27867), que regula la competencia de estos organismos descentralizados en materia de titulación, y a lo establecido por los artículos 13º y 14º del Convenio 169 de la OIT (Pueblos indígenas y tribales).

En este tipo de delitos se supone la existencia de una base administrativa previa de irregularidad, dada por los actos administrativos que deciden o ejecutan los funcionarios públicos.

Para que se reprima al funcionario, este tiene que abusar de sus atribuciones, lo que significa que para que exista tipicidad, el funcionario debe poseer la atribución de la que abusa. Si la infracción que se les está imputando no forma parte de sus atribuciones, no podrá producirse este delito.

Con exclusividad **puede ser autor** únicamente el funcionario o servidor público que incurra en el otorgamiento ilegítimo de derechos de posesión o emita títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.

Los **partícipes**, tanto los inductores como los cómplices primarios y/o secundarios pueden ser indistintamente particulares u otros funcionarios o servidores públicos siempre que, en el caso de estos últimos, no dominen o controlen funcionalmente el hecho, pues en tal caso pasarán a ser coautores del delito.

El **sujeto pasivo**, esto es, el titular del bien jurídico agredido viene a estar constituido por la Administración Pública, lo cual no representa óbice para extender la titularidad del sujeto pasivo también a los agraviados directos, sean estos personas particulares, grupos humanos o personas jurídicas.

Son **componentes objetivos de la conducta típica** del autor:

- a) ***La condición funcional.*** El agente, conocedor de su calidad de funcionario o servidor público y del poder que da el cargo o empleo, tiene que hacer uso indebido de las posibilidades de acción que brindan sus atribuciones o que se desprendan de su calidad especial, esto es, del estatus que ocupa, que serán más eficaces según el rango o jerarquía de dicho sujeto público.
- b) ***Otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emite títulos de propiedad sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.*** El uso del verbo “otorgar” implica expedir títulos o autorizar derechos de posesión conforme a exigencias o requisitos no contemplados en las leyes vigentes.

Este delito tiene como base necesarios filtros administrativos que establecen el contenido de la falta disciplinaria y por ende permiten una diferenciación de la relevancia penal de la administrativa. Otorgar ilegítimamente derechos de posesión o emitir ilegalmente títulos de propiedad supondrá entonces una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar seriamente el servicio público y por lo mismo la imagen de la administración.

- c) ***Sin cumplir con los requisitos establecidos por la normatividad vigente.*** El ordenamiento vigente es el conjunto de normas jurídicas que regulan la atribución de titularidad de derechos y títulos de posesión y propiedad.

Existe preocupación de que estas normas podrían dar cabida a interpretaciones que pretendan sancionar a los funcionarios de los gobiernos regionales que titulen los territorios de las mencionadas comunidades nativas o campesinas.

5.4. Penalidad

Pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles referidos en el primer párrafo, la pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años.

Existe una modalidad agravada de este delito, mediante la cual la pena es incrementada de cinco a ocho años. Para ello, la

conducta descrita tiene que ser realizada cuando el derecho de posesión o título de propiedad se otorga a personas que ilegalmente ocupan o usurpan los bienes inmuebles.

6. Los delitos específicos o nominados de abuso de autoridad

A diferencia del artículo 376º, que contiene el tipo penal de abuso de autoridad genérico, caracterizado por ser innominado, es decir, por no precisar el acto arbitrario cometido, en el restante marco regulado de tipos penales de abuso que el Código Penal peruano posee (tipos penales 377º, 378º, 379º, 380º y 381º) la conducta típica va a estar precisada en la redacción legal correspondiente.

7. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales

ARTÍCULO 377º. El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30364, publicada el 23.11.2015)

El artículo 377° hace alusión al delito de incumplimiento de funciones, por el cual se castiga con pena de hasta 2 años de privación de libertad y 30 a 60 días-multa más inhabilitación (artículo 36, incisos 1 y 2) al funcionario público que ilegalmente omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo. Constituye presupuesto básico para configurar tipicidad por este delito —que admite tres modalidades de comisión— que el funcionario posea en el ámbito de sus atribuciones regladas el acto de función que la norma penal da por supuesto en las competencias del sujeto activo y en relación al cual quebranta sus deberes positivos de aseguramiento y fomento. El funcionario infractor se halla obligado por ley, y por derivación del cargo, a cumplir los actos omitidos, rehusados u omitidos. Dos ejemplos nos enfatizan la importancia de determinar correctamente esta atribución o competencia:

EJEMPLOS

Si se denuncia al asesor de una Municipalidad por no haber cuidado el patrimonio de la entidad, ¿es adecuada la imputación? ¿Formaba parte de su cargo el velar por la correcta administración del patrimonio de la municipalidad? Es claro que la respuesta es negativa.

De igual forma si se denuncia al funcionario responsable de Recursos Humanos por haber omitido cumplir con su función de cautelar los destinos del canon minero. ¿Cuál es la relación de este funcionario para con dichos ingresos, si su función está vinculada con el ingreso o salida de personal?

El comportamiento del funcionario infractor debe significar un acto de ilegalidad para adquirir la suficiente entidad o relevancia para activar la intervención penal. Ello coloca la dosis de **lesividad** requerida por este delito, que permitirá diferenciarlo de negligencias o desórdenes administrativos no preordenados dolosamente.

La **ilegalidad del incumplimiento funcional** marca así la piedra de toque, el núcleo de tipicidad, que pone de manifiesto el acto arbitrario del sujeto activo y es la actitud frente al ordenamiento jurídico que resulta insoportable tolerar. Se entiende por ilegal el comportamiento contrario a lo que dispone la ley. Si la ley determina que el sujeto tiene que emitir un acto de función en un caso determinado y no lo hace, o lo hace de modo distinto a lo reglado, está contrariando la ley.

Si el acto de función que debe cumplir el funcionario no puede llevarse a cabo por razones no imputables al funcionario, configurará ello situaciones de **justificación** que dejan típico el hecho de incumplimiento pero no configuran el ilícito penal.

Se trata, como es fácil colegir, de **conductas de desobediencia** para con lo normado por la ley. Sin embargo, no es infrecuente que se presenten situaciones que justifiquen la omisión, el rehusamiento o retardo por parte del funcionario público a cumplir con sus obligaciones, o que dicho incumplimiento obedezca a razones legales, lo que por general ocurre en situaciones extremas de funcionamiento de la administración pública.

Recientemente, la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, ha incorporado un agravante importante.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales están referidos a una solicitud de garantías personales o caso de **violencia familiar**, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

8. Denegación o deficiente apoyo policial

ARTÍCULO 378º. El policía que rehúsa, omite o retarda, sin causa justificada, la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad civil competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si la prestación de auxilio es requerida por un particular en situación de peligro, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

La pena prevista en el párrafo segundo se impondrá, si la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

(Texto conforme a la modificación efectuada por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N.º 30364, publicada el 23.11.2015)

El artículo 378º es un abuso de autoridad con nombre propio, pues el sujeto activo del delito únicamente puede ser el policía que rehúsa, omite o retarda la prestación de un auxilio legalmente requerido por la autoridad competente, o por un particular en situación de peligro. En este último caso se trata de un específico ilícito penal agravado que eleva la sanción de 2 a 4 años de privación de libertad.

Por policía se entiende, en sentido restrictivo, al integrante de la **Policía Nacional del Perú**, no pudiendo extenderse el concepto para abarcar al policía municipal o policías particulares. El sujeto activo está tomado, en la norma, en una dimensión indeterminada, para referirse al **policía obligado a auxiliar**, no a un efectivo en particular, tampoco a la institución policial.

El tipo penal es especialmente formal cuando exige una serie de requisitos tanto del auxilio requerido como de la conducta de incumplimiento del efectivo policial. El **auxilio** al que se ve obligado cumplir el efectivo policial, en el primer párrafo del tipo penal, hace alusión al **pedido que le efectúa la autoridad civil** (el funcionario público con jurisdicción y capacidad para hacer cumplir sus decisiones: juez, fiscal, etc.) con las formalidades del caso y poseyendo competencia para realizar tal requerimiento. El **policía no puede negarse a concretar** el pedido formal de la autoridad, salvo que ello suponga órdenes arbitrarias o ilegales, o se halle técnica, humana o logísticamente imposibilitado, supuestos en los cuales le asistirá una causa de justificación que no generará ilicitud en su comportamiento. El límite de la tipicidad del comportamiento está dado por la autoridad civil, de modo que requerimientos provenientes de autoridades policiales o militares no ingresan en los alcances de tipicidad objetiva de este delito.

El segundo párrafo del tipo penal abarca, en forma ya abierta, la situación de relevancia penal de los **efectivos policiales que no dan auxilio a particulares** que se hallan en situación de peligro, sin que aquí interese que exista o no un requerimiento formal. La Ley N.º 30364 ha agregado otra forma de omisión: cuando la prestación de auxilio está referida a una solicitud de garantías personales o un caso de violencia familiar.

Esta conducta de rehusamiento omisión o retardo del funcionario policial quebranta mandatos asignados constitucional y legalmente al policía nacional.

La denegación o incumplimiento de auxilio policial resulta, al igual que en el delito contemplado en el artículo 377º, un ilícito de desobediencia y de omisión, que tiene que practicarse en un contexto en el cual no le asista al sujeto activo causal alguna de justificación.

9. Requerimiento ilegal de la fuerza pública

ARTÍCULO 379º. El funcionario público que requiere la asistencia de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

En el caso de la figura penal contemplada en el artículo 379º del Código Penal de requerimiento indebido de la fuerza pública para oponerse a la ejecución de disposiciones u órdenes legales de la autoridad o contra la ejecución de sentencia o mandato judicial, la norma penal castiga al igual que en la figuras delictivas 377º y 378º solo al funcionario público no al servidor.

En este delito, al igual que en el anterior ilícito penal, el legislador ha utilizado la palabra “**requiere**”, para enfatizar con ello que se trata también de un tipo penal que hace uso de elementos formales en su redacción. No será por lo tanto cualquier pedido que haga el funcionario público el que dé cuerpo al núcleo de tipicidad del delito de requerimiento ilegal de la fuerza pública.

El tipo penal toma como presupuestos de relevancia penal que el **sujeto activo** busque **obstruir o dificultar** la ejecución de disposiciones, órdenes o sentencias, es decir, que obstaculice o frustre el desenvolvimiento de sectores de la administración pública o específicamente del orden jurisdiccional. Aquí se aprecia la arbitrariedad en la que incurre el sujeto activo que resulta inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho, y que ha motivado que el legislador conmine con una pena superior (tres años de pena privativa de la libertad) en su extremo máximo que las anteriores modalidades de abuso de autoridad.

Es obvio que nos encontramos ante un caso notorio y claro de abuso de poder por parte del funcionario que trata de utilizar y manipular a la fuerza pública con fines ilegales. Lo que puede suscitar niveles de debate aquí es el uso y alcances de la frase “**fuerza pública**”, que puede llevarnos a confusiones en la interpretación. Hay que entender, en una primera línea general, que con ella nos estamos refiriendo a la Policía Nacional, pero también en determinados casos a fuerzas públicas sectorizadas (policía municipal, penitenciaria, etc.), dada la importancia que estas han adquirido en la actualidad y que pueden ser instrumentalizadas por funcionarios infractores.

Interesa en este delito que el intérprete determine bien la finalidad del comportamiento de instrumentalización que efectúa el funcionario público, con el fin de precisar la naturaleza del abuso de autoridad.

10. Abandono de cargo

ARTÍCULO 380°. El funcionario o servidor público que, con daño del servicio, aban-

dona su cargo sin haber cesado legalmente en el desempeño del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el agente incita al abandono colectivo del trabajo a los funcionarios o servidores públicos la pena será privativa de libertad no mayor de tres años.

El legislador ha querido **tutelar la regularidad de la administración pública**, al sancionar al funcionario o servidor público que hace abandono del cargo con daño al servicio, sin que haya cesado legalmente en su desempeño.

Este delito tiene como base necesarios filtros administrativos que establecen el contenido de la falta disciplinaria y por ende permiten un diferenciamiento de la relevancia penal de la administrativa. Abandonar el cargo supondrá entonces una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar seriamente el servicio público y por lo mismo la imagen de la administración.

El **abandono del cargo** tiene en el comportamiento del agente una evidente finalidad de **afectación del servicio público**. No se trata por lo tanto de abandonos que tengan causalidades diferentes (razones de imposibilidad física de asistir, retenciones o secuestros de funcionarios, desastres naturales, etc.). El dolo del abandono del cargo marca la línea de diferenciación con los comportamientos que quedan en el ámbito disciplinario y se sustancian en dicho nivel.

Con relación al abandono del cargo, el tipo penal se coloca en la situación de abandonos legales e ilegales.

- a) **El abandono es legal** cuando el cese en el desempeño del cargo público supone la concurrencia de condiciones ideales que alejan la posibilidad real de afectación a los intereses de la administración pública.
- b) **El abandono es ilegal** y, por lo mismo, delictivo cuando el cese no se ha perfeccionado administrativa y materialmente.

Es decir, no basta un cese formal-temporal para que el funcionario se vea liberado de la carga de tener que asistir a ejercer su cargo, en la medida que la administración pública no puede perder regularidad y continuidad, pero también, por cierto, el Estado no puede descargar sus anomalías e imperfecciones en forma indefinida o relativamente indefinida en el sujeto público que ve vencido ya su relación laboral-temporal con la administración pública.

Abandonos dolosos del cargo sin haber cesado legalmente supone mirar así tanto a la situación de no perfeccionamiento material del cese como a la afectación del servicio. **Ambos requisitos deben concurrir**, la presencia de uno solo haría atípica la figura.

EJEMPLO

El abandono doloso que no produce afectación al servicio, o la afectación al servicio desvinculada de comportamiento doloso en el acto de abandono laboral.

El segundo párrafo del tipo penal incluye una **modalidad agravada** (reprimida con pena máxima que llega hasta los tres

años de privación de libertad) del abandono doloso de cargo público, caracterizado por incitar el sujeto activo al abandono colectivo del trabajo al personal tanto funcionario como servidores públicos. No se trata de que quien incita tenga necesariamente una posición jerárquica de dominio o posea influencia sobre el personal. Se trata de datos por sí solos irrelevantes para configurar la agravante.

11. Nombramiento y aceptación ilegal de cargo público

ARTÍCULO 381º. El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena.

El último de los delitos de abuso recogidos de manera sistemática en la Sección I del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del Código Penal es el **nombramiento ilegal para cargo público**, realizado por funcionario público, sin que concurren para ello los requisitos legales. El artículo 381º del Código Penal castiga de esta forma al funcionario inescrupuloso que no tiene reparos en violar la legalidad con tal de incorporar en el cuerpo de la administración a personas no idóneas legalmente.

El tipo legal precisa que **autor** de este delito **es el funcionario público —no el servidor—**, esto es, quien tiene poder de decisión con capacidad y competencia para nombrar. Ello pone

de manifiesto la alta cuota de poder que concentra esta clase de funcionario. Solo puede hacer un nombramiento quien se halla en una **posición oficial que le habilita** para dicha función originaria del título de funcionario público.

Hacer un nombramiento define en el lenguaje de la norma penal un acto formal requerido de requisitos materiales y subjetivos, constituyendo una de las formas, la más común, de incorporación de las personas (a partir de entonces, funcionarios o servidores a la administración pública). Es muy discutible que el acto de nombrar también comprenda el de **contratar**, forma de acceso a la administración pública desprovista de determinadas formalidades y que no genera inicio de carrera pública. Las contrataciones públicas de personal obedecen a fuente formal distinta de la del nombramiento, no obstante que en ciertos sectores judiciales exista la propensión a equiparar tales vectores de funcionarios públicos.

La noción de “**cargo público**” supone un ámbito, de atribuciones y competencias propias de las del funcionario, así como la presencia de un estatuto conferido por el Estado a los sujetos que acceden a la administración pública. El cargo público a ocupar vía el nombramiento puede estar referido a puestos de confianza, políticos o de carrera. Estas particularidades no afectan la noción de cargo público ni desnaturalizan la ocurrencia del comportamiento típico.

Los requisitos legales son los requisitos que están establecidos en la ley o reglamento, incluso en la Constitución para el caso de **altos funcionarios públicos** (ejemplo: vocales y fiscales supremos nombrados por el Consejo Nacional de la Magistratura). *No puede considerarse el estar al día en el pago de las cuotas*

a un colegio profesional como un requisito legal (por ejemplo, que el sujeto propuesto no haya pagado la cuota al Colegio de Abogados, al Colegio Médico, etc.), a los efectos de perfeccionar la figura penal del artículo 381º del Código Penal.

Los requisitos legales, cuya omisión o incumplimiento doloso dan cuenta de la infracción en el delito de nombramientos ilegales, tienen que estar señalados **expresamente en la ley** como tales para optar el cargo público (por ejemplo, para el cargo de Contralor General o miembro del Consejo de la Magistratura existen normas específicas que van señalando los estándares o exigencias para dichos cargos públicos). La norma dice *en la ley*, pero hay que entender también *en el reglamento*, dado que cuando existe esta forma parte de la ley.

Es importante señalar que **este tipo penal no ingresa a todo tipo de nombramientos**, solamente está referido a los nombramientos que tienen como destino u objeto un cargo público, mas no así un servicio público. Los trabajadores de limpieza de una institución no están contemplados en la norma 381º del Código Penal; de igual forma, cuando se nombra asistentes técnicos en el Congreso, ello no constituye un nombramiento sino una contratación.

12. Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2002.
- ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y Manuel FRISANCHO APARICIO, *Código Penal VII (Delitos contra la administración pública)*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1997.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Editorial Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Grijley, Lima, 2003.

CAPÍTULO CINCO

DELITOS DE CONCUSIÓN

(Artículos 382° al 386°)

1. Introducción

Dentro de los delitos de concusión se agrupan a muchos ilícitos penales de los más antiguos y reprobables, imputables a los funcionarios y servidores públicos, vale decir, a las personas a quienes el Estado ha dado poder para que por su intermedio se pueda cumplir con los fines constitucionales y legales de servicio a la Nación.

Estos delitos, en esencia y en líneas generales son de contenido lucrativo y de prevalimiento. Fueron severamente sancionados en el derecho penal romano republicano, en el que llegaron a confundirse varias de sus hipótesis fácticas con el cohecho.

El vocablo “concusión” deriva del latín *concutere* (sacudir o agitar violentamente), y representa, precisa Francesco Carrara, la idea de sacudir un árbol para hacer caer los frutos. Sin embargo, como bien reconoce el insigne maestro de la universidad de Pisa, dicha acepción vulgar no da cuenta de la naturaleza penal de la figura de concusión, ya que esta constituye el hecho especial de los que obtienen lucro de otros mediante *metu publicae potestatis* (por miedo al poder público).

Sin embargo, pese a la precisión de los componentes **lucro** (en tanto objetivo) y **temor** (como medio de facilitación) dicha acepción jurídica no cubre en su totalidad las diversas figuras delictivas recogidas bajo el epígrafe “concusión” en el

Código Penal peruano. En efecto, nuestro cuerpo punitivo no solo contempla el **temor** como instrumento para obtener las finalidades lucrativas del agente sino que incluye otros componentes como la **inducción** (artículo 382º), la **coacción** (artículo 383º), la **concertación** (artículo 384º) y el **patrocinio de intereses** (artículo 385º).

Esta amplitud de contenidos de ilicitud recogidos por la legislación penal nacional representa así un desbordamiento de la acepción natural del vocablo “concusión”, que desde la perspectiva de un diseño normativo coherente y, por lo mismo, de técnica legislativa, es desatinada.

Por estas razones podemos llegar a concluir que **no resulta coherente reunir** bajo el *nomen iuris* “concusión” **conductas típicas tan disímiles** como la exacción ilegal y la colusión defraudatoria o la concusión propia y el patrocinio indebido, varias de las cuales no concuerdan con los elementos inherentes a la concusión. Esta innecesaria y errónea extensión de tipicidad en el marco de la concusión trae consigo serios problemas de precisión al momento de identificar el bien jurídico genérico que dé cuenta de todas las figuras penales recogidas en los artículos 382º al 386º, así como de tener sujetos pasivos afectados tanto en los particulares como en el Estado.

No todos los códigos penales tienen similar diseño legislativo (múltiple y diversificado) que el del Código Penal peruano, ni efectúan la distinción entre concusión y exacción ilegal o incorporan las concertaciones ilegales y defraudatorias, mucho menos el patrocinio ilegal como formas de concusión. Representa el caso peruano una posición minoritaria, que dado su alto grado de **imperfección técnica** requiere de reformulación legislativa.

Usualmente en el discurso jurídico se suele efectuar una **comparación** de similitud entre la **concusión** y la **extorsión**, al poseer ambos el elemento de coacción “obliga”, para señalar que dicho delito funcional patrimonial es una extorsión practicada por particulares. Sin embargo, tal comparación no necesariamente es exacta, pues de una simple revisión del tipo penal de extorsión podemos darnos cuenta que este ilícito penal posee una conducta abiertamente violenta además de otros componentes de tipicidad que facilitan la consumación del delito.

2. Delito de concusión básica

ARTÍCULO 382º. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013)

2.1. Características generales

La figura penal de concusión regulada en el artículo 382º expresa una variedad de abuso de poder del funcionario y servidor público, caracterizada por la **finalidad patrimonial de la conducta del agente**, que se diferencia claramente de los abusos de autoridad contemplados en los artículos 376º al 381º del Código Penal vigente. Esta particularidad puede llevar a colegir que

también se estaría colateralmente protegiendo aquí el patrimonio de los particulares (mayormente las víctimas de dicho delito) que resultan directamente agraviados.

El tipo penal posee una naturaleza compleja, ya que existen dos verbos rectores que describen conducta marcadamente diferente (**obligar** e **inducir**).

En la forma en la que el legislador ha construido la figura penal de concusión se ha logrado reunir en un solo tipo funcional elementos de extorsión, estafa, robo y cohecho, lo que explica su alto grado de complejidad

2.2. Bien jurídico protegido

Lo que **la norma penal protege** con este específico delito es el **normal funcionamiento y reputación de la administración pública**, que resultan puestos en peligro con los comportamientos abusivos y de finalidad patrimonial ilegítima desarrollados por el sujeto activo.

2.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Componen la tipicidad objetiva del tipo los siguientes elementos:

- En cuanto al **sujeto activo** de delito, se trata aquí de cualquier funcionario o servidor público que se halle en la posibilidad de abusar del cargo. Entendiéndose aquí el término “cargo” en sentido amplio para conglobar al poseído por el funcionario como —en la medida que ello sea posible— por el servidor.

- El **sujeto pasivo** —por descansar en él la titularidad del sujeto pasivo, ya que estamos ante delitos de función— es el Estado. Los perjudicados directos, particulares o personas jurídicas o colectivos sociales en general son las víctimas del accionar delictivo del agente.

a. *Abuso del cargo*

El sujeto público **abusa del cargo** cuando desnaturaliza los alcances reglados y discrecionales del puesto o empleo que el Estado —o, en sentido amplio, la administración pública— le ha concedido para usos oficiales determinados, al utilizarlos para **producir acciones o resultados extrafuncionales** y, en este caso, con **finalidades patrimoniales ilícitas** que le benefician personalmente o a terceros.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

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

» Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002. Exp. N.º 4050-2002 Cono Norte de Lima (URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 624).

El abuso del cargo resulta así un medio del que se vale el agente, en el entramado de la conducta típica, para la realización del delito, implicando ello un prevalimiento, esto es, el hacer valer la fuerza, influencia o impacto del cargo para hacer fácil o más viable el logro de sus objetivos ilícitos. No es estrictamente solo abuso de funciones o de atribuciones sino que supone, en una comprensión más amplia, **abuso de la calidad poseída** (posición oficial, poder, ventajas, prerrogativas o imagen proyectada). Esta manera de aprovechamiento de la que hace gala el sujeto activo revela una inaceptable colisión con el mandato constitucional de servicio a la nación a la que están obligados todos los agentes públicos.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

[En] la concusión, quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían [...].

» Ejecutoria suprema del 26 de mayo del 2005. R. N. N.º 3448-2004-Ancash, considerando octavo (*Anales Judiciales*, Año Judicial 2005, T. XCIV, pp. 45-48).

En autos se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito contra la Administración Pública en su modalidad de concusión así como la responsabilidad del procesado Lisandro César del Rosario Pomar, no sólo por la sindicación del agraviado Férreos Vásquez Arroyo, sino también por las demás pruebas actuadas que valoradas en forma integral crean convicción de la responsabilidad del encausado, debiéndose precisar que entre los medios probatorios que conllevan a tal determinación destacan las

actas en las que se verificó que los cinco billetes de diez nuevos soles previamente fotocopiados y entregados por el agraviado, se encontró en poder del encausado, y la meditación de éste en presencia del Representante del Ministerio Público, que acepta haber recibido dicho dinero por estar atravesando una situación económica difícil [...]. Asimismo, el delito de Concusión se encuentra tipificado en el artículo 382º del Código Penal, y sanciona al funcionario público que aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un beneficio patrimonial; situación que probadamente ha sido cometida por el encausado, careciendo de relevancia el resultado del trámite.

» R. N. N.º 4470-2005 de 18.09.2006. Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia. (URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia [2006-2010]*, Idemsa, Lima, 2011, T. II, p. 697).

[Se] atribuye a César Eduardo Romero Chafalote —en su calidad de asesor de la Municipalidad Metropolitana de Lima— el cobro dos mil quinientos nuevos soles a los dirigentes de la Asociación de Propietarios de la Galería Las Nazarenas para que no cancelen las multas que se les impuso —el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve— al no contar con la licencia de funcionamiento, además les prometió obtener dicha autorización; que tal suma de dinero la recibió en su oficina ubicada en el tercer piso del Palacio Municipal y les extendió un recibo por honorarios profesionales, pero no cumplió con lo pactado.

» R. N. N.º 3547-2008 de 26.01.2010. (URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia [2006-2010]*, Idemsa, Lima, 2011, T. II, p. 690).

b. Comportamientos típicos

La norma ha previsto dos modalidades de concusión:

- a) Obligando a una persona a dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial.
- b) Induciéndola a dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Entre ambas conductas que hacen de la figura de concusión un tipo complejo, el elemento diferenciador se halla en el significado distinto de los verbos rectores empleados. En efecto, “**obligar**” quiere decir ejercitar violencia, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella que (sin la coacción) habría realizado, y que en este caso afecta su patrimonio. “**Inducir**”, por su parte, supone persuadir o convencer a la víctima a fin de que dé u ofrezca el bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa (engaños, estratagemas, apariencias de realidad, en relación al objeto material del delito).

La inclusión de la inducción en tanto modalidad de concusión con la misma reprobación en términos de pena revela que para el legislador **posee el mismo disvalor de acción** tanto la **coacción-violencia** como la **persuasión engañosa**. En ambos casos se descarta la posibilidad de conductas negligentes o ejecutadas en atención a dictados discrecionales por parte del funcionario o servidor. La preexistencia del abuso del cargo en tanto condición de la conducta típica califica estas dos modalidades como estrictamente dolosas.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

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

» R. N. N.º 1601-2006-Huaura de 28.01.2009. (*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 12, Lima, 2010, p. 199).

La imputación recaída sobre los procesados, los cuales en su condición de empleados Municipales de la Municipalidad de Chorrillos se presentaron al local, conducido por [...], constatando que se desarrollaba una fiesta social no autorizada, oportunidad en la que por insinuación de los procesados, la conductora del local les hizo entrega de veinticinco nuevos soles a fin de que no le impusieran la papeleta de sanción administrativa.

» R. N. N.º 1010-2001-Lima de 31.07.2001. (*Actualidad Penal*, vol. 4, Lima, 2014, p. 200).

c. *Bien o beneficio patrimonial*

Tanto la coacción como la inducción, modalidades de concusión del tipo penal 382º, deben estar dirigidas a que la víctima dé, esto es, entregue o transfiera, o prometa un bien o beneficio patrimonial para el agente o terceros. El tipo penal hace aquí la **distinción entre bien y beneficio patrimonial**, entendiéndose por lo primero un objeto mueble o inmueble pecuniariamente valorizable (mercancías, joyas, dinero, títulos valores, casas, predios, etc.) y por lo segundo toda utilidad ventaja o ganancia medibles igualmente en términos de dinero que no configuren propiamente la noción material de bien (así, promociones, descuentos, paquetes turísticos, empleos, etc.).

Se observa fácilmente una **cadena de causalidad** en todo el proceso del *iter criminis* de la concusión, en la cual el **resultado material de la entrega** o promesa tiene que estar **vinculado a una conducta imputable al sujeto activo** que lo origine o produzca, de modo que entregas u ofrecimientos patrimoniales al margen de esta voluntad motivadora serán atípicos desde la óptica del delito de concusión.

d. *Carácter indebido de las prestaciones*

La norma requiere además que el resultado “dar” o “prometer” deba ser indebido. Esta acotación normativa admite la posibilidad de entregas o promesas patrimoniales legítimas por parte del obligado al funcionario o servidor público en un contexto, incluso, de abuso del cargo, sin que ello admita relevancia penal, al tratarse de hechos socialmente ajustados permitidos por las leyes, reglamentos o normas de menor entidad jurídica.

EJEMPLO

En caso que el sujeto activo exija o induzca, haciendo valer su cargo, a efectos de cobrar una deuda personal, estará actuando indebidamente pero el hecho será abuso de autoridad genérica y no concusión.

e. *El destinatario*

Para la modalidad de concusión que se perfecciona con la frase “obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial”, la perfección de la tipicidad consumadora del delito requerirá que efectivamente **se verifique este extremo de ingreso al ámbito patrimonial** del sujeto activo del bien o beneficio ilegalmente obtenido. El otro al que alude la norma bien puede ser un familiar, amigo, acreedor del sujeto activo, una persona jurídica, etc. Por lo común, suele suceder que ambos, el sujeto activo como el tercero, sean los beneficiados.

La situación jurídica de este “otro” o “tercero” que se beneficia sigue la suerte del receptor o del cómplice. En el primer caso, de presumir el tercero la procedencia dudosa del bien que recibe; mientras que en el segundo caso, de haber estado confabulado con el sujeto activo para recepcionar dicho bien. La **tesis de la coautoría**, en esta segunda hipótesis, para el “otro” particular **es inaceptable**, igualmente si se trata de un funcionario o servidor que no cumple con los requisitos de tipicidad de la norma penal en estudio.

En el caso que el beneficiario ignore o no pueda serle posible presumir la etiología causal del hecho ilícito su conducta no asumirá relevancia penal.

Por la forma como está construido el tipo penal, el **dolo del agente** ha de ser **directo**, pues resulta dudoso que el agente pueda obrar con dolo eventual y buscar un beneficio patrimonial para sí o para otro en el marco de un abuso del cargo. El elemento **lucrativo** de la finalidad de la acción con la que dirige su comportamiento el agente confirma asimismo la presencia de dicho dolo.

2.4. Consumación y tentativa

Por tratarse de un delito plurisubsistente, es decir, que admite más de una modalidad de comisión, el delito se considera **consumado** en dos hipótesis:

- a) Cuando se **produce la entrega** del bien o beneficio patrimonial mediante compulsión o inducción; y
- b) Cuando se **produce el ofrecimiento** de entrega de bien o beneficio patrimonial mediante compulsión o inducción. Como se apreciará, cada hipótesis a su vez admite un desdoblamiento en función al verbo rector que defina la acción.

La **tentativa** es fácilmente apreciable en la primera hipótesis, dado que en la misma pueden verificarse actos materiales de resultado, lo que permite espaciar los actos ejecutivos que van de la acción al resultado, lo que no siempre ocurre con el ofrecimiento.

2.5. Penalidad

Pena privativa de la libertad no menor de 2 ni mayor de 8 años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, así como con la inhabilitación que establece el artículo

426º del Código Penal. Como es fácil apreciar, el legislador ha previsto un extremo superior de pena considerable, si tomamos en cuenta la línea general de punición de los delitos funcionales.

3. Delito de exacción ilegal

ARTÍCULO 383º. El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

3.1. Consideraciones generales

La **exacción ilegal** es el **clásico delito** representativo de la **concusión** en la mayoría de códigos penales, a tal extremo que muchos de ellos no regulan propiamente la concusión en la forma como lo hace el Código Penal, la misma que está considerada como una forma de abuso de autoridad con finalidad patrimonial.

El origen de esta figura delictiva —en tanto terminología empleada en su redacción— es de origen decimonónico, ya que es el siglo XIX, con su despliegue normativizador expresado a través de los históricos códigos penales francés de 1810 e italiano de 1889, el que le dio realce a dicha especie delictiva.

El Código Penal peruano **no ha considerado el elemento subjetivo del lucro** en la conducta del agente (con propósito de

lucro). Igualmente ha preferido seguir usando el vocablo “**emolumento**” en desuso en la moderna economía política y en la hacienda pública, y restringido el objeto material del delito además al concepto **contribuciones**, el mismo que en el ámbito fiscal tributario tiene un específico campo semántico de significación.

3.2. Bien jurídico protegido

Se protege a través de la norma penal **el regular (normal) funcionamiento**, el prestigio y la reputación de la administración pública.

3.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

El **sujeto activo es el funcionario o servidor público**, tanto el que posee atribuciones para exigir el pago o hacer pagar como aquel que se vale del cargo o de su condición funcional para efectuar cobros o lograr entregas no adeudadas.

El sujeto activo puede ejecutar las conductas típicas por sí mismo o utilizando a terceras personas a su nombre.

Sujeto pasivo es el Estado, ya que es este quien se ve afectado como institución por la conducta delictiva del sujeto activo. El **particular** o la persona jurídica (privada o pública) que es directamente afectada con la conducta del agente, si bien no es el titular del sujeto pasivo del delito, **resulta el perjudicado material directo** (víctima).

a. *Comportamientos típicos*

La norma penal, al igual que en la concusión, coloca como primer requisito de la acción que el sujeto público abuse de su

cargo para la ejecución de las conductas típicas, las mismas que pueden asumir hasta **tres modalidades de comisión**: exigir contribuciones o emolumentos, hacer pagar contribuciones o emolumentos y hacer entregar contribuciones o emolumentos. Las dos primeras pueden producirse acumulativa o progresivamente, constituyendo fases del *iter criminis* de la exacción ilegal o configurar modalidades autónomas de realización del delito.

- a) ***Exigir contribuciones no debidas*** o por encima de la tarifa legal implica demandar enérgicamente al supuestamente obligado el cumplimiento de obligaciones, para con la administración pública, inexistentes o excesivas. En cambio, ***exigir emolumentos*** supone demandar o solicitar imperiosamente ingresos económicos no debidos o excesivos que irán a engrosar el patrimonio del funcionario o servidor público. Como es fácil inferir, estamos frente a dos hipótesis legales distintas que el legislador ha integrado en un mismo tipo penal, lo cual es técnicamente discutible.
- b) ***Hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos*** representa la ejecución material de la exigencia, que igualmente no ha merecido una distinción por parte del legislador a los efectos de incrementar el grado de ilicitud penal a través de la sanción estatal. Hacer pagar, sin embargo, también puede significar una conducta autónoma sin relación de progresividad —vista retrospectivamente— con la exigencia.
- c) La tercera modalidad, ***hacer entregar contribuciones o emolumentos***, mediante la cual también se puede cometer el delito de exacciones ilegales repre-

senta una fórmula típico-descriptiva controvertible, si es que la analizamos desde el elemento normativo “contribuciones”, ya que comunica la idea de que la acción se dirige a terceras personas distintas de las supuestamente obligadas o de las obligadas a contribuir en cantidad menor a la exigida.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

El tipo penal descrito en el artículo 383º del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o **emolumentos no debidos** o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio.

» Ejecutoria suprema del 29 de setiembre de 1999. Exp. N.º 4628-98 Ancash (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 394).

El delito de **exacción ilegal**, contemplado en el artículo 383º del Código Penal, se refiere, no sólo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para **exigir o hacerse dar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos** y que excedan la tarifa legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado por dicho delito.

» Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004. Exp. N.º 83-2004 Ancash (*Jurisprudencia Penal II*, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 215).

El **concepto de exacción** alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo “extorsiona” con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias.

» Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1998. Exp. N.º 1380-98 Piura (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 4, Trujillo, 2000, p. 398).

b. *Contribuciones o emolumentos*

Con la expresión **contribuciones** la norma penal hace alusión, en una primera e inicial interpretación, a un concepto normativo tributario, con el cual se comprende a una especie de tributo cuya obligación de pago nace de los beneficios obtenidos por el obligado y derivado de la realización de obras o servicios públicos. Sin embargo, esta acepción estricta del término “contribución”, no responde plausiblemente a los fines del ámbito de tutela de la norma penal, de modo que en derecho penal se emplea dicho vocablo en una acepción amplia para comprender también las tasas, impuestos, derechos.

Con la palabra **emolumento** la norma se está refiriendo a los ingresos (honorarios, indemnizaciones, sueldos, remuneraciones o cualquier otro derecho pecuniario de carácter personalizado) que perciben determinados funcionario o servidores públicos. Es discutible que integre dicho concepto las multas.

c. ***El carácter no debido o la cantidad excesiva de dichas contribuciones o emolumentos***

Para que adquiera relevancia penal el abuso y las exigencias, los pagos o entregas —que como componentes de tipicidad objetiva se imputan al sujeto activo— de las contribuciones y emolumentos deberán ser no debidos o excesivos.

Lo **no debido** quiere decir que el obligado a pagar no tiene dicha condición, ya sea porque no existe deuda, porque ya la pagó, porque no es la persona que debe, porque no existe legalmente el impuesto, por estar legalmente eximido, porque el impuesto o contribución se derogó, etc. Mientras que lo **excesivo** hace referencia a la existencia de una tabla o tarifa legal por encima de la cual el sujeto activo exige, hace pagar o entregar.

Se debe precisar que el tipo penal de exacciones ilegales **se agota en las contribuciones o emolumentos** —en tanto elementos normativo-culturales del tipo— sin que exista posibilidad de incorporar terceros elementos, a riesgo de incurrir en analogía prohibida o *in malam partem*.

d. ***El tipo penal es doloso***

El dolo del agente, según sea la modalidad de exacción, deberá abarcar el conocimiento de que el dinero exigido o hecho pagar o entregar no es debido a la administración pública, esto es, que **no existe causa legítima para su cobro** o no en la cantidad planteada por dicho agente. Lo mismo sucede con la modalidad que toma a los emolumentos como objeto material del delito. El agente igualmente deberá conocer que **está actuando abusivamente**. Falsas o incorrectas representaciones mentales del *quantum* de la contribución o del emolumento, al descartar

la presencia de conducta dolosa convierten al ilícito en uno de corte administrativo.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

El encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, por cuanto se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado (Empafa Tumbes S.A), y si bien admitió haber recibido de parte del usuario la suma de cien nuevos soles para la regularización del servicio de agua, explicó que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento de la tarifa devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva.

» Ejecutoria suprema del 21 de octubre de 2010. R. N. N.º 32788-2008 Tumbes (*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 11, Lima, 2010, p. 209).

Que el delito de concusión, en su modalidad de cobro indebido, previsto en el artículo 383º del Código Penal, establece entre otros que el funcionario mediante intimidación tácita de la condición que le asiste, exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos; que en el citado ilícito, la voluntad del agente debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio (ejecutoria).

» Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 124).

Que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383º del Código penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el funcionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar con-

tribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda la tarifa legal, situación que no se da puesto que el mencionado incremento se dio mediante un acuerdo municipal, acuerdo que es atribución de los denunciados, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades; de lo que se colige que no se obligó al funcionario público sino que de mutuo propio y en razón de los informes realizados por la contadora decidieron al respecto; que, el principio de legalidad exige que para el juicio de tipicidad deben concurrir necesariamente los elementos subjetivos y objetivos del tipo, que en los de análisis no concurren ninguno ni otro, pues como se ha señalado, los procesados no obligaron a ningún funcionario público a entregar contribuciones ni emolumentos no debidos, y si acordaron el pago referido en la denuncia esto se debió al informe contable que con carácter de asesoramiento presentó la Contadora, es decir que los procesados no tuvieron conocimiento exacto que el acuerdo transgredía la Ley de Presupuesto General de la República (Dictamen fiscal supremo).

» Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, pp. 124 y 126).

En el caso sub materia, los cargos formulados al encausado no se han acreditado de modo alguno, en principio, por cuanto para que se configure el delito de cobro indebido, el tipo penal exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, lo que no concurre en autos, toda vez que los montos percibidos por el acusado, aparte de su remuneración como docente, provenientes de los recursos propios de la unidad de post grado de la Facultad de Educación han sido otorgados en mérito a una resolución rectoral y a lo dispuesto por la ley de presupuesto del sector público.

» Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2010. Exp. N.º 2916-2001 Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 149).

3.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma dependiendo de la modalidad en juego. La **exacción mediante exigencia**, al ser un tipo penal de simple actividad, posibilita que la consumación se produzca con el desarrollo de la conducta, sin requerir que se produzca el resultado material de la entrega de la contribución o emolumento. En cambio, en las otras dos modalidades que toman a los núcleos rectores “**hace entregar**” y “**hace pagar**”, van a requerir que se verifique la presencia del contenido material de la exacción: la entrega de la contribución o, en la otra hipótesis, del emolumento.

La **tentativa** en la modalidad de exigencia estará condicionada a que sea posible que se fragmenten los actos ejecutivos de modo tal que podamos abstraer un momento de ejecución y otro de consumación. No se presentan problemas para encontrar tentativa en las otras dos modalidades de exacción con resultado material de entrega: supuestos en los cuales la tentativa en sus diversas variedades se producirá en las fases o momentos anteriores a la entrega ya sea a la administración pública en el caso de las contribuciones, o al patrimonio del funcionario o servidor en el caso de los emolumentos.

3.5. Penalidad

Se impone una pena privativa de la libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años.

4. Colusión simple y agravada

ARTÍCULO 384º. El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21.07.2011; por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011; y por el artículo 2º de la Ley N.º 26713, publicada el 27.12.1996)

4.1. Consideraciones generales

La colusión defraudatoria (colusión desleal, defraudación al Estado, concertación defraudatoria, fraude a la administración pública, celebración indebida de contratos, negociación incompatible, diversidad de locuciones con las que se suele denominar a esta figura penal), representa uno de los **ilícitos penales de mayor desvaloración penal** y reprobación estatal en la gama de delitos funcionales recogidos por el Código Penal.

El tipo penal de colusión **ha sido considerado** en nuestra legislación **como una forma de concusión**, lo cual no es una decisión afortunada pues estamos ante conductas fraudulentas que se alejan en su *ratio legis* y en estructura de injusto de formas concusarias, correspondiendo más bien a conductas de fraude a la administración pública a través de negociaciones incompatibles con los roles concedidos a los funcionarios o servidores negociadores a nombre de las administraciones públicas. Lo cual permite sugerir el cambio de *nomen iuris* e incluso la creación de otra sección en la que se recojan conductas fraudulentas penalmente relevantes de los funcionarios y servidores públicos contra la administración pública.

4.2. Concepto de colusión desleal

La palabra colusión desleal o ilegal ya pone de manifiesto de qué delito se trata: colusión da la noción de pacto, de componenda, de arreglos subrepticios. La idea de la colusión ilegal corresponde a una gama del delito que en otras legislaciones constituye lo que se llama “delitos de fraude a la administración pública”.

En el delito de colusión desleal se pone de manifiesto la **pérdida de parcialidad** (pro administración pública) por parte del funcionario público. El funcionario que negocia a nombre del Estado tiene que actuar representando los intereses estatales, los intereses de la repartición pública para la cual él trabaja. Por lo mismo, su participación en esos negocios no puede ser imparcial, la imparcialidad significa actuar con neutralidad para tomar una decisión. En la colusión, el delito está situado en un contexto en el cual el funcionario que negocia con las contratistas a nombre del Estado no puede actuar con imparcialidad. Si quisiéramos considerar que aquí se cautela o protege la imparcialidad del funcionario, tendríamos que concluir que este funcionario, cuando negocia con los contratistas, tiene que ver el beneficio tanto de la administración como el beneficio también para los contratistas, y esa no es la idea que está presente en la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que se debe contratar buscando las máximas bonanzas para la administración pública. Al funcionario negociador no le es exigible tomar en cuenta los beneficios o utilidades a favor de las empresas contratistas.

El delito de colusión es un delito muy grave porque pone de manifiesto varios **elementos negativos**:

- a) El quiebre del funcionario que traiciona los intereses estatales, los intereses patrimoniales públicos.
- b) El carácter desleal del funcionario para con la nación.
- c) La falta de parcialidad para con los intereses públicos.
- d) El propiciar o facilitar que las empresas y/o que los interesados enfaticen y potencien sus intereses lucrativos contra la administración pública.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

El núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que el sujeto activo **quebranta la función especial** asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado.

» Ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009. R. N. N.º 4661-2007 Ucayali (*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 12, Lima, 2010, p. 192).

4.3. Evolución legislativa del tipo

La original fórmula peruana de colusión defraudatoria² se diferenciaba claramente de su fuente española de 1973³ (la actual de 1995 también⁴), por cuanto esta reprimía el delito en

- 2 *Código Penal*: “Artículo 384º (Versión original, hoy derogada). El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial **defrauda** al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado, concentrándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.” (Resaltado nuestro).
- 3 *Código Penal español de 1944 (refundido en 1973)*: “Artículo 400. El funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio **para defraudar** al Estado, provincia o municipio, incurrirá en las penas de prisión menor e inhabilitación especial.” (Resaltado nuestro).
- 4 *Código Penal español de 1995*: “Artículo 376. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio **para defraudar** a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo

fase de preparación enfatizando el núcleo de la ilicitud en la concertación **para defraudar** sin que requiera que se produzca la defraudación a los intereses del ente público.

Un **defecto evidente** que tenía esa primera versión radicaba en el hecho de hacer uso casuístico de numerosos términos normativos y en repetirlos innecesariamente (“contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante”, “defrauda al Estado o empresa del Estado o sociedades de economía mixta u órganos sostenidos por el Estado”, “convenios, ajustes, liquidaciones o suministros”).

Luego de la modificación de la Ley N.º 26713 (de 27 de diciembre de 1996), un sustancial cambio se produjo con la Ley N.º 29703 (de 10 de junio de 2011) cuando se precisó que la defraudación al Estado tiene que ser **de naturaleza “patrimonial”**. Esta variación fue duramente criticada pues se consideraba que con la nueva redacción sólo se cometería delito de colusión solo si existe un perjuicio económico en agravio del Estado. Se llegó a afirmar que esta peligrosa modificación dejaría sin sanción a muchos funcionarios corruptos —que actuaron de manera indebida e irregular al coludirse con un tercero y recibieron dinero por ello— solo por el hecho de que esa conducta no generaba un daño patrimonial al país. Se interpuso incluso una acción de inconstitucionalidad contra esta modificación de la Ley N.º 29703, a cargo del Fiscal de la Nación. El Tribunal Constitu-

público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la 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 dos a siete años.” (Resaltado nuestro).

cional declaró fundada dicha demanda de inconstitucionalidad (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Lima, de 3 de mayo de 2012)⁵.

Para evitar interpretaciones ambiguas, un mes después se realizó una nueva reforma mediante la Ley N.º 29758 (de 11 de julio de 2011), que sustituyendo radicalmente las fórmulas anteriores, contempla una redacción técnicamente más acertada y proporcional al injusto cometido. A partir de entonces, el tipo penal admite **dos modalidades de colusión**: una colusión de peligro (simple) y una colusión de resultado (agravado). La última modificación efectuada por la Ley N.º 30111 (de 26 de noviembre de 2013) incorpora la pena de multa para este tipo de delitos.

4.4. Colusión y contratación estatal

El delito de colusión se desenvuelve en el ámbito de la **contratación estatal**. El Tribunal Constitucional ha señalado que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.

5 Exp. N.º 00017-2011-PI/TC (*Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifican el artículo 384 del Código Penal [delito de colusión] y el artículo 401 del Código Penal [delito de tráfico de influencias]*), Lima, de 3 de mayo de 2012: «V. FALLO. [...] HA RESUELTO: 1. Declarar **fundada** la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384º del Código Penal a través de la Ley N.º 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”. 2. En consecuencia, los jueces de la justicia ordinaria, de conformidad con lo precisado en el fundamento N.º 37 de la presente sentencia, cuando se invoque la referida disposición no podrán considerar el término “patrimonialmente”. 3. Declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.»

4.5. Bien jurídico protegido

El objeto de tutela penal, en sentido general, busca **cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación**, así como **proteger el patrimonio del Estado**; incluso la posibilidad de patrimonio, como sucede, en este último ámbito de tutela, en las negociaciones que le deberían reportar al Estado beneficios lícitos pero resultan bloqueados por la concertación delictiva del sujeto activo con los interesados. El Tribunal Constitucional ha destacado, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 020-2003-AI/TC, que específicamente se busca, con este tipificación, proteger los principios de la contratación pública.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[Bien jurídico protegido] 12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.

[...]

16. [...] [La] eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución].

» Exp. N.º 020-2003-AI/TC, ff. jj.12 y 16.

4.6. Tipicidad objetiva y subjetiva

Aquí el agente del delito posee **doble calificación funcional**. Por un lado se trata de un funcionario o servidor público; por otro, es quien tiene asignado por el contenido reglado de su cargo o por encargo especial la facultad de negociar a nombre del Estado —o en específico de la repartición pública— en las operaciones de negocios —en sentido amplio— con los interesados o contratistas.

Esta doble calificación funcional descarta la idea que el delito lo pueda cometer cualquier funcionario o servidor público. Se nota así la presencia de una especial vinculación funcional entre el sujeto activo y el objeto del delito, que también se aprecia en el peculado.

No es correcto considerar —pues ello excede las previsiones de la norma penal— que el negociador oficial pueda tratarse de **un tercero o extraneus** a la administración pública, dado que el componente normativo que comanda el tipo penal precisa al funcionario o servidor público. Lo que sí puede producirse es que se encargue a cualquier funcionario o servidor público, no propiamente al que por el cargo tenía reservada dicha misión, el cumplimiento del rol negociador ante los interesados.

El delito de colusión desleal tiene como sujetos activos al **funcionario que participa** —que interviene en los negocios públicos en razón a su cargo—, vale decir aquella persona que por ley es la llamada a contratar, a intervenir en los comités de adquisición, en los comités que se encargan de la ejecución de las obras o de la fiscalización de estas en ejecución. Pero también la norma señala que puede ser autor de este delito **aquella persona que recibe formalmente la comisión para negociar** (funda-

mentalmente en contrataciones que requieren una alta especialización técnica), esto es, el mandato especial que la organización pública o el funcionario autorizado le encomienda esa función. Una adquisición, por ejemplo, de armamentos altamente sofisticados, aviones de última generación, va a requerir que en las negociaciones también exista una persona especialmente preparada para no ser sorprendida en esos negocios internacionales; el funcionario negociador puede ser muy bueno con el manejo de las normas internas, puede prepararse en marketing, pero en los grandes negocios internacionales, donde se juegan muchos intereses, a veces se requiere que vaya una persona que tenga conocimientos agregados, ventajas comparativas.

Este tipo penal va a requerir que el sujeto activo del delito sea un funcionario o un servidor público que actúe en razón al cargo. **El tipo penal está descartando al particular**, por más competencia profesional o por más conocimientos específicos que tenga sobre la materia, no puede ser autor del delito.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal, dado que, **no cualquier persona puede ser autor**, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384º del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución [...].

» R. N. N.º 1458-2012-Ica.

En vía de ampliación (o de equiparación) de autoría, la norma penal 386° considera, para estrictos efectos penales, que **al contador, al perito y a los árbitros particulares** también le sean imputables los delitos de colusión (patrocinio ilegal). La tipicidad del delito de colusión se les extiende a estos, bajo la idea que las pericias que laboran los contadores, los peritos y las decisiones que asumen los árbitros en negociaciones internacionales son aportes de suma importancia en el supuesto de cometerse una infracción (defraudar el patrimonio del Estado). Por lo tanto, el único caso en que los particulares pueden ser autores o coautores de este delito está dado por los árbitros, los peritos y los contadores particulares.

Sujeto pasivo es el Estado o la repartición pública en específico que se vea afectada con las ilegales concertaciones del agente público con los interesados y que le afectan patrimonialmente.

4.7. Dos tipos de colusión: de peligro y de resultado

Como ya se ha señalado, anteriormente, por la redacción inapropiada del delito de colusión desleal, existían lecturas disímiles entre los operadores del sistema penal. Había quienes lo consideraban un delito *de resultado material* y otros que lo consideran uno *de simple actividad y peligro*, pese a lo altamente conminado de su pena privativa de libertad.

Este problema se ha resuelto en la actualidad, luego de la reforma de la Ley N.º 29758 (de 11 de julio de 2011), pues ahora tenemos dos modalidades de colusión: una colusión de peligro y una colusión de resultado, que se diferencian sobre la base de la **defraudación patrimonial** que se produzca en contra del Estado. Sin embargo, el elemento común de la colusión, sea de peligro o de resultado, es la **concertación**.

En el **delito de colusión de peligro** (colusión ilegal simple), primera parte del artículo 384º, lo que interesa destacar es que el funcionario negociador se concierta ilegal o dolosamente con la empresa, hace tratativas que se orientan a defraudar a la administración pública. En este caso, el tipo penal no requiere defraudación (afectación) patrimonial. La colusión simple tiene como verbo rector el término **concertar**.

En el **delito de colusión de resultado** (colusión ilegal agravada), la concertación de los sujetos es descubierta después de haberse defraudado el patrimonio del Estado. El verbo rector en este tipo de colusión es el término **defraudar**, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto.

EJEMPLO

El Ministerio de Salud tiene interés en adquirir vacunas contra un determinado tipo de enfermedad. Entra en tratativas con empresas nacionales y extranjeras. El precio internacional por cada vacuna es de 20 soles, sin embargo, los funcionarios encargados de la adquisición se coluden con la empresa ganadora de la licitación para que aumente ilegalmente el precio a 40 soles. Estamos ante una concertación ilegal para afectar a la administración pública. Como no se ha realizado todavía la compra, estamos ante un **delito de colusión de peligro** (la pena privativa de libertad es de tres a seis años): actos de concertación orientados a afectar a la administración pública. Pero si ya se realizó la compra y se empieza a distribuir las vacunas, estaremos entonces ante un **delito de colusión de resultado** (la pena privativa de libertad es de seis a quince años).

4.8. Colusión de peligro (primer párrafo del artículo 384º)

a. *Comportamiento típico*

El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de peligro está dado por la frase “**concierta** con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado]”. Se aprecia aquí cuál es el nivel del injusto sumamente lesivo a los intereses de la administración pública: la concertación dolosa e ilegal del sujeto público con los interesados.

La **concertación dolosa** resulta así el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo, o estafa).

La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como aceptar sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así **acuerdos ilícitos entre las partes**.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema encontramos pronunciamientos en donde se declara la absolución de los acusados en caso de no acreditación del acuerdo colusorio:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que, consecuentemente, **no existiendo medio probatorio suficiente** que produzca certeza respecto a la existencia **de un concierto de voluntades** entre el representante legal de la empresa 'Ferretera Agrícola Sociedad Anónima' y los procesados Arbildo Quiroz y Casas Casas, no se ha destruido la presunción de inocencia que a estos les asiste, de conformidad con el literal e, inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde revertir el fallo condenatorio dictado en su contra y disponer su absolución.

» R. N. N.º 2421-2014-Cajamarca.

Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: **a)** el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; **b)** perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; **c)** mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en la presente causa de la revisión de los autos se advierte que **no ha existido ningún acuerdo ilícito** para poder aprovecharse económicamente, advirtiéndose más bien una responsabilidad de carácter administrativo, en consecuencia, la conducta del procesado es atípica, lo que es corroborado con los informes de evaluación contable de la documentación sustentatoria y técnica de la inversión en la ejecución del citado proyecto, que han servido de base para que la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República denuncie los hechos ante el Ministerio Público, no precisando si el procesado tuvo participación en las irregularidades que en ella se señalan.

» Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003. R. N. N.º 3611-2002 Huánuco (URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 634).

Como hemos señalado, este tipo de colusión **se agota en la concertación ilegal**. Esto significa que el delito **no supone defraudación patrimonial**, no requiere afectación económica a los intereses del Estado, se trata de una defraudación formal, pues en los actos dolosos de taxativas ilegales para defraudar al Estado o entidad del Estado reside ya el núcleo de la tipicidad del delito, en una suerte de adelantamiento de las barreras de protección al bien jurídico.

Anteriormente, el delito de colusión se refería a los procesos de selección y los mencionaba (“contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación [...]”). Ahora **ya no se mencionan los procesos de selección**. La redacción es más técnica. Una redacción que simplemente dice “en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”. Además, ahora se ha ampliado sus objetos de protección. Ya no son solamente las contrataciones y adquisiciones de obras, de bienes o de servicios. Son también objeto de protección penal **las concesiones y las operaciones a cargo del Estado**.

Asimismo, antes existían problemas para incorporar en el proceso a funcionarios superiores que directamente no intervenían en los negocios ilícitos (los presidentes regionales o alcaldes, por ejemplo). Ahora la norma señala que el agente puede intervenir “directa o indirectamente, por razón de su cargo”. **Intervenir “indirectamente”** significa predeterminar los contratos, estar detrás, para que los miembros de los comités de adjudicación orienten las buenas pros o las contrataciones para favorecer a determinadas empresas. Allí hay una gran variación de mayor tipicidad que ha incorporado la Ley N.º 29758.

En el **acto de deslealtad que se traduce en la concertación** (en los pactos secretos, en los pactos clandestinos entre el funcionario y el representante de la empresa) se parte de la idea que se está frente a un delito de peligro y que hay que anticipar la tutela penal, hay que extremar el celo tuitivo del derecho penal frente a este delito que es de suma gravedad para la administración pública. Es una interpretación construida sobre un tipo penal que efectivamente no privilegia la afectación patrimonial de los intereses del Estado sino el solo comportamiento de peligro hacia ella.

b. *Los negocios jurídicos y las operaciones que admiten la concertación ilegal*

Los espacios de negociación en los que interviene el funcionario público que puede incurrir en el delito de colusión desleal se encuentran señalados en el artículo 384º (“en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones”). Ese es el marco o límite. Además, en el ámbito específico definido con la frase “**cualquier operación a cargo del Estado**”, el legislador ha hecho uso de una cláusula abierta para significar actos unilaterales de naturaleza económica-administrativa, en la que, como es obvio, no existen partes sino que es el Estado el que toma decisiones por acto propio (por ejemplo, la intervención y disolución de empresas públicas, confiscaciones, etc.).

La nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225 (artículo 4º) ha establecido un extenso elenco de situaciones en las cuales dicha Ley resulta **inaplicable**:

- a) Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en la Ley N.º 28563 o norma que la sustituya.
- b) Las contrataciones que realicen los órganos del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional.
- c) Las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte.
- d) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su reglamento.
- e) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución

de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento para la etapa de ejecución contractual.

- f) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.
- g) Los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o Empresas del Estado.
- h) La compra de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizan de conformidad con la normativa de la materia.

La norma penal ha fijado el íter consumativo del comportamiento en “cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado”.

A veces se comete el **error de considerar** que el delito de colusión se realiza o se consuma en los momentos que dan cuenta de los procesos de selección (licitaciones públicas, subastas, concurso de precios, esto es, en el proceso de búsqueda del mejor postor para la realización de una obra o servicio público, etc.). Así, se ha considerado que la **invitación a un postor para**

participar en un concurso de precios estando ese postor descalificado constituye delito de colusión. Son anticipaciones consideradas por sí mismas extremas del *ius punendi*, que delinean un derecho penal de máxima intervención que se presenta como un derecho penal de voluntad que entra en cuestionable colisión con el principio de legalidad.

En el delito de colusión es importante que la concertación dolosa e ilegal se realice **entre el funcionario y el contratista**. El contratista juega aquí un papel de importancia, ya que sin su presencia y aporte como cómplice doloso en el delito no es posible la configuración del delito de colusión desleal.

La jurisprudencia y la doctrina nacional consideran al delito de colusión ilegal como un **delito de encuentro**, dado que concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad pero trabajan desde lados o posiciones distintas.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

[...] [La] colusión sanciona la **bilateralidad en un acuerdo**, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación.

» Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N.º 30-20103 del 7 de noviembre de 2011 (Caso Cofopri).

El papel jugado **por el interesado o contratista** (comúnmente por su representante), para perfeccionar la figura de colusión defraudatoria, y por lo mismo para diferenciar este ilícito de otros en los que podría incurrir el funcionario o servidor público, adquiere gran importancia para darle un perfil propio al delito de colusión y diferenciarlo de simples estafas contra el patrimonio público.

El **tercero interviniente**, el interesado, puede ser un contratista particular o una persona jurídica (incluso un ente público, por ejemplo, una empresa estatal o municipal) que acude a negociar con el Estado, pero él o su representante (en el caso de las personas jurídicas) no es el sujeto activo ni propiamente consume el delito, sino que representa en la estructura y dinámica de esta figura penal el **sujeto bisagra** necesario para que el sujeto público ejecute o consuma el delito. Juega así el papel de un cómplice en el caso que dolosamente contribuya con aportes a la realización del ilícito penal. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal ha circunscrito la relevancia de su participación al acto de concertación **tanto en la preparación de la defraudación como en los actos ulteriores**, esto es, cuando ya se ha zanjado la negociación pero cuando todavía no se haya producido la lesión patrimonial.

La concertación ilegal, aspecto de suma importancia de la conducta típica de la colusión, nos coloca de lleno en aquel mundo de tratativas ilegales, por lo general clandestinas, llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que explican, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial. La presencia de los actos de concertación dolosa, confabuladores contra los intereses de la administración pública, posibilita discriminarlos de los actos de concertación legal o

tratativas lícitas entre los negociadores oficiales con el contratista y que son comunes a todo proceso de selección y de ejecución contractual.

El delito requiere **dolo directo** para perfeccionar la tipicidad subjetiva, dado que el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual, requiriendo en cambio voluntad preordenada a la comisión del delito.

Los particulares motivos que hayan llevado al sujeto activo a concertar y defraudar no son elementos del tipo penal. De modo que haya o no obtenido provecho o ventaja económica, que es lo que frecuentemente ocurre, ello no incrementa o descarta el ilícito penal de colusión defraudatoria.

c. *Consumación*

Como estamos ante un delito de peligro concreto, la colusión **se consume o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales o acuerdos colusorios con terceros interesados** con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para los fines de la consumación **no es necesario que la defraudación** efectiva al patrimonio estatal **se verifique**, solamente bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal. Esta verificación sí será relevante para la consumación de la colusión agravada.

Las anomalías e irregularidades que sean propios del proceso de selección hasta la entrega de la buena pro, y hasta antes de que se firme los convenios pertenecen al ámbito de la relevancia administrativa, si es que el comportamiento de los infractores no ingresa al terreno de la ejecución de obras o servicios. Lo que venga a continuación, desde la celebración

de los convenios hacia adelante pertenece al ámbito penal. Por cierto, puede que el *iter* del delito recorra todas las fases y momentos preejecutivos y ejecutivos penalmente, supuesto en el cual no habrá dificultad para considerar las irregularidades producidas antes de los convenios como parte del *iter* delictivo de la colusión en fase de preparación del delito y que explican el dolo del agente.

La colusión simple es un delito de mera actividad, por lo tanto, **no es posible aquí la tentativa**, pues antes de la concertación ilegal no habrá hecho punible. Las actividades antes del acuerdo colusorio serían actos preparatorios no punibles.

Al ser un delito de concurrencia, si no existe **concertación dolosa con el interesado**, no es posible la comisión del delito de colusión defraudatoria. Así, en el caso que los actos de concertación ilegal se produzca entre los propios funcionarios (que negocian con el contratista), sin participación de este en los arreglos malhadados que producen defraudación, se estaría configurando una estafa pero no el tipo penal 384º del Código Penal, pudiendo igualmente producirse otras figuras delictivas en concurso con peculado (387º), cohecho pasivo (393º), fraude en concurso, subastas y licitaciones públicas (artículo 241º), etc.

d. *Determinación indiciaria de la concertación*

Las dificultades para obtener pruebas directas en estos delitos ha propiciado escenarios probatorios en los que adquiere fuerza la prueba indiciaria, esto es, los datos fácticos acreditados e indicantes, y las inferencias a partir de ellos, que llevan al fiscal y al juzgador a establecer conclusiones probatorias, lo que se

aprecia con mayor énfasis en situaciones en las que el funcionario público imputado actúa en estructuras de poder organizado.

Un ejemplo de esta determinación sobre la base de indicios es la establecida en la siguiente sentencia:

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Sala Suprema determinó la existencia de una concertación defraudadora entre los acusados AAA y BBB, ambos de CTAR Ucayali, con las empresas EEE Servicios Ingeniería y Construcción SA y Constructora FFF EIRL a partir de los siguientes **indicios**:

- El Comité Especial convocó a 06 procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía de las Obras Públicas, invitando únicamente a dos firmas.
- Las empresas beneficiadas no se encontraban registradas en la base de datos del Registro Nacional de Contratistas ni como Ejecutor ni consultor de obras.
- Sobre la necesidad de ejecución de las obras de construcción de cunetas y desencalamiento en tres casos fueron falsos y en los otros no existieron.
- La empresa contratista constructora FFF EIRL se encontraba suspendida temporalmente en los registros de Sunat.
- Las seis obras fueron canceladas íntegramente pese a que no existían físicamente.

» R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, de 2 de abril de 2014, considerando tercero (*Actualidad Penal*, vol. 11, Lima, Instituto Pacífico, 2015, pp. 188-194).

Se tiene que no está probado en autos la necesidad y urgencia en la contratación de servicios, materia de los seis contratos cuestionados, menos aún su aplicación práctica; por el contrario, **existen indicios concurrentes y plurales** que acreditarían la concertación con las empresas favorecidas, siendo estos: a) la falta de instalación de un comité de adjudicación, conforme lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; b) el hecho de no haber estado incluido en el presupuesto de la entidad agraviada para su ejecución, entre otras irregularidades administrativas que se contraponen a la ley.

» Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2009, R. N. N.º 2473-2009 Lima Norte. (*Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 18, Lima, 2010, p. 79).

Del análisis efectuado al expediente, se colige que no ha llegado a acreditarse la responsabilidad penal del encausado en el delito de concusión, por cuanto existe en su contra cargos basados únicamente en imputaciones formuladas por su coencausado, las cuales no han podido ser corroboradas con otras pruebas idóneas, deviniendo estas en endeble, más aún si se tiene en cuenta el grado de enemistad que guarda este último con el encausado, quien a lo largo de todo el proceso ha refutado uniformemente tales imputaciones; concluyéndose en el sentido que existen fundadas dudas respecto a la culpabilidad de este encausado, encontrándonos frente a simples presunciones e imputaciones que no son suficientes para sustentar una sentencia condenatoria.

» Ejecutoria suprema del 26 de diciembre de 1994, Exp. N.º 8491-94-B Áncash (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1996, T. II, p. 332).

e. *Penalidad*

Pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-

multa, más la pena de inhabilitación establecida en el artículo 426º del Código Penal.

La Ley N.º 30304, de 28 de febrero del 2015, que modificó el artículo 57º del Código Penal, ha dispuesto que los funcionarios que sean condenados por los delitos establecidos en el presente artículo 384º no podrán gozar de la suspensión de la pena. De este modo, tendrán que cumplirla en su totalidad en prisión.

4.9. Colusión de resultado (segundo párrafo del artículo 384º)

a. *Comportamiento típico*

El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de resultado está dado por la frase “**defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado**”. Se aprecia aquí que el elemento primordial es la defraudación patrimonial a los intereses estatales que debe tener su causalidad u origen en una concertación ilegal.

La **concertación dolosa** resulta así el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo, o estafa). Igualmente, si la conducta solo queda en concertación ilegal, el tipo penal no se habrá consumado.

La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como aceptar sobrevaloración de los su-

ministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así **acuerdos ilícitos entre las partes**.

La **defraudación**, en tanto lesión a los intereses patrimoniales del Estado o ente estatal, constituye el **dato objetivo del delito**, que trasciende y concreta el simple engaño o la preparación de la defraudación. Este dato objetivo debe ser verificable y comprobado a través de las respectivas pericias e informes técnicos.

Para que se realice **la conducta típica tiene que producirse defraudación**, fundamentalmente **patrimonial**. La defraudación es el presupuesto básico fundamental para que podamos hablar del delito de colusión y esta defraudación tiene que ser una defraudación que afecte intereses de la administración pública. **La defraudación tiene que tener como causa la concertación**, el pacto ilegal entre el funcionario negociador y el contratista (o el representante de la empresa que negocia con el Estado), y debe ser pericialmente verificada: el comportamiento típico que no dé como resultado esta afectación patrimonial a los intereses de la administración pública, se trata de una tentativa de colusión o simple acto preparatorio.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que, la colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser

transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, **constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración**; que, en ese orden de ideas, resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuirseles la comisión de este delito.

» Ejecutoria Suprema del 15-02-2003, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios, fundamento sexto.

La justificación jurídico-dogmática de esta interpretación toma su fuerza validadora en el texto literal de la segunda parte de la norma penal 384º, y en la gravedad de la pena. La pena conminada en su extremo superior (15 años), marca igualmente el derrotero para la interpretación material o de resultado del delito.

En el delito de colusión es de resultado, no hay ningún problema en **aceptar fases de tentativa**.

b. *Los negocios jurídicos que admiten la concertación ilegal*

Los **espacios de negociación** en los que interviene el funcionario público que puede incurrir en el delito de colusión de resultado **son los mismos del de peligro** y se encuentran señalados en el artículo 384º (“en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones”). Ese es el marco o límite. Además, en el ámbito específico definido con la frase “**cualquier opera-**

ción a cargo del Estado”, el legislador ha hecho uso de una cláusula abierta para significar actos unilaterales de naturaleza económica-administrativa, en la que, como es obvio, no existen partes sino que es el Estado el que toma decisiones por acto propio (por ejemplo, la intervención y disolución de empresas públicas, confiscaciones, etc.).

El papel jugado por el **interesado o contratista** (comúnmente por su representante), para perfeccionar la figura de colusión defraudatoria, y por lo mismo para diferenciar este ilícito de otros en los que podría incurrir el funcionario o servidor público, adquiere gran importancia para darle un perfil propio al delito de colusión y diferenciarlo de simples estafas contra el patrimonio público.

El **tercero interviniente**, el interesado, puede ser un contratista particular o una persona jurídica (incluso un ente público, por ejemplo, una empresa estatal o municipal) que acude a negociar con el Estado, pero él o su representante (en el caso de las personas jurídicas) no es el sujeto activo ni propiamente consuma el delito, sino que **representa** en la estructura y dinámica de esta figura penal **el sujeto bisagra necesario** para que el sujeto público ejecute o consuma el delito. Juega así el papel de un cómplice en el caso que dolosamente contribuya con aportes a la realización del ilícito penal. Abona esta tesis el hecho de que la norma penal ha circunscrito la relevancia de su participación al acto de concertación tanto en la preparación de la defraudación como en los actos ulteriores, esto es, cuando ya se ha zanjado la negociación pero cuando aún no se haya producido la lesión patrimonial.

La **concertación ilegal**, aspecto de suma importancia de la conducta típica de la colusión, nos coloca de lleno en aquel

mundo de tratativas ilegales, por lo general clandestinas, llevadas a cabo entre el funcionario público y el contratista y que explican, en tanto factor causal la existencia de la defraudación patrimonial. La presencia de los actos de concertación dolosa, confabuladores contra los intereses de la administración pública, posibilita discriminarlos de los actos de concertación legal o tratativas lícitas entre los negociadores oficiales con el contratista y que son comunes a todo proceso de selección y de ejecución contractual.

El delito **requiere dolo directo** para perfeccionar la tipicidad subjetiva, dado que el concierto para defraudar resulta impensable con dolo eventual, requiriendo en cambio voluntad preordenada a la comisión del delito.

Los particulares motivos que hayan llevado al sujeto activo a concertar y defraudar no son elementos del tipo penal. De modo que haya o no obtenido provecho o ventaja económica, que es lo que frecuentemente ocurre, ello no incrementa o descarta el ilícito penal de colusión defraudatoria.

c. Consumación y tentativa

Estamos ante un delito de resultado, por lo mismo, para considerar consumado el delito **deberá producirse efectiva y comprobada defraudación** a los intereses estatales o de los organismos sostenidos por este.

El tipo penal pide defraudación a los intereses del Estado, mediante la vía de la concertación del funcionario con el interesado, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Llegada la concertación o vinculado con uno (o varios) de estos

momentos consumatorios y verificado el perjuicio patrimonial, se habrá ya consumado el delito.

La **simple concertación ilegal sin defraudación constituye tentativa** de delito. Las concertaciones dolosas producidas en las fases de los procesos de selección no son propiamente materia de la relevancia del delito de colusión desleal, pero sí pueden implicar la perfección de otras figuras delictivas, así cohechos, peculados, interés ilícito en negociaciones públicas, estafas, entre otras figuras delictivas funcionales.

Al ser un delito de concurrencia, si no existe concertación dolosa con el interesado no es posible la comisión del delito de colusión defraudatoria. Así, en el caso que los actos de concertación ilegal se produzca entre los propios funcionarios (que negocian con el contratista), sin participación de este en los arreglos malhadados que producen defraudación, se estaría configurando una estafa pero no el tipo penal 384º del Código Penal, pudiendo igualmente producirse otras figuras delictivas en concurso con peculado (387º), cohecho pasivo (393º), fraude en concurso, subastas y licitaciones públicas (artículo 241º), etc.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Del examen de los actuados fluyen suficientes elementos probatorios de cargo que demuestran de manera fehacientemente la responsabilidad de los acusados, lo cual demuestra de manera meridiana la concertación entre los acusados para perpetrar el evento delictivo instruido; asimismo, los acusados aprovechando su condición de funcionarios públicos pretendieron pagarle a la referida empresa la contraprestación derivada del aludido con-

trato sin que haya ejecutado trabajo alguno; si bien no logró defraudarse al Estado por cuanto el título valor no fue cobrado por haberse vencido su plazo, lo es también que los encausados han ejecutado todas las fases del *iter criminis*, quedando en grado de tentativa.

» Ejecutoria Suprema del 24 de enero 2001, Exp. N.º 3137-2000, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, T. II, Idemsa, Lima, 2005, p. 308).

d. *Penalidad*

Pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, además de la pena de inhabilitación establecida en el artículo 426º del Código Penal.

Sin embargo, la Ley N.º 30304, de 28 de febrero del 2015, que modificó el artículo 57º del Código Penal, ha dispuesto que los funcionarios que sean condenados por los delitos establecidos en el presente artículo 384º **no podrán gozar de la suspensión de la pena**. De este modo, tendrán que cumplirla en su totalidad en prisión.

4.10. *Otras figuras de concusión*

Además de los tipos penales 382º, 383º y 384º ya estudiados, el Código Penal contempla la figura de patrocinio ilegal de intereses particulares ante la administración pública (artículo 385º) y una figura compleja por la que se extiende la tipicidad de la colusión defraudatoria y del patrocinio ilegal a dos grupos de particulares: en primer lugar, a los peritos, árbitros, y

contadores particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen; y en segundo lugar a los tutores, curadores y albaceas respecto a los bienes pertenecientes a incapaces o testamentarias.

5. El delito de patrocinio ilegal

ARTÍCULO 385º. El que, valiéndose de su calidad de funcionario o servidor público, patrocina intereses de particulares ante la administración pública, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.

El tipo penal de patrocinio ilegal penaliza comportamientos que dolosamente el funcionario los orienta a procurar **favorecimientos indebidos** que optimizan indebidamente la situación del particular y que quiebran la objetividad de trato que se debe a los usuarios del sistema de la administración pública. Es decir, aprovechándose de su estatus de funcionario público, **el sujeto público introduce intereses privados**, fuera de los marcos que la ley o el reglamento posibilitan. El delito de patrocinio ilegal es así una figura de **prevalimiento o de aprovechamiento de los poderes o las ventajas** que permite el cargo de funcionario o la posición oficial que asume el servidor público.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El primer elemento a valorar es el 'valerse del cargo', que en el tipo penal ha sido descrito como de la calidad de funcionario o

servidor público. El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan —con relación a un particular— en una posición privilegiada al interior de la administración pública. [...]. El segundo elemento normativo a interpretar es el 'patrocinio de intereses de particulares'. La acción de patrocinar implica todo un suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. [...]. El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la administración pública. Por 'interés del particular' se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la administración pública. [...].

» Casación N.º 226-2012-Lima, de 26 de setiembre de 2013, décimo segundo y décimo tercero considerandos. Ver texto en: <bit.ly/1QbYVRC>.

En relación al envío de tarjetas de presentación, en el que usualmente suelen incurrir funcionarios públicos para que se les brinde trato preferencial al particular, la Corte Suprema ha fijado ya su posición al respecto: no es suficiente el que un sujeto público envíe su tarjeta con un particular o una carta de recomendación para que dicho comportamiento adquiera tipicidad por delito de patrocinio indebido.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385º del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere, que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública,

entendiéndose ello como el asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe.

» Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1998, Exp. N.º 6315-97, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 656).

Debe tratarse de actos propios o de actos de gestión, no recomendaciones indirectas abstractas. El delito se configura cuando el funcionario mismo habla a nombre de particulares ante la administración pública y asume como propios asuntos no públicos.

El verbo *patrocinar* significa defender, representar, hablar a nombre de los particulares ante la administración pública. No es propio de dicho comportamiento el realizar favores o gentilezas. El delito de patrocinio ilegal es una figura que tiene como base una incompatibilidad administrativa, pues ningún funcionario puede hablar a nombre de particulares, asumir como suyos sus intereses, por naturaleza ajenos a los de la administración pública, salvo en el caso de la defensa de un familiar, en donde está autorizado a defenderlo, en los casos previstos en la ley, ante dicha administración. Más allá de ello le está vedado —es una incompatibilidad— patrocinar intereses en la administración pública. El conocimiento de dicha incompatibilidad y la voluntad de llevarla a cabo, contrariando sus deberes funcionales, define el dolo del delito.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que respecto al delito de patrocinio ilegal, la conducta del encausado no se ajusta en forma precisa a la definición allí establecida, pues se requiere expresamente que el agente se haya valido de su condición de Regidor para patrocinar intereses particulares, lo cual no ha sucedido en autos.

» Ejecutoria Suprema del 8 de agosto de 2001, R. N. N.º 1054-2001, Lima (URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 636).

Se inculpa a los procesados haberse valido de su condición de funcionarios para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública, en el presente caso la Municipalidad, conducta que se encuentra tipificada en el artículo 385º del Código Penal y sancionada con pena privativa de libertad no mayor de 2 años; por lo que, de conformidad con el artículo 80 y 83 del mismo cuerpo legal, la prescripción extraordinaria opera a los tres años de ocurrido el hecho, tiempo que ha transcurrido en exceso en el presente caso, no resultando aplicable la dúplica del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del citado artículo 80º, por cuanto no se ha afectado el patrimonio del Estado, conforme se desprende del peritaje contable obrante en autos.

» Ejecutoria Suprema del 22 de marzo de 2002, R. N. N.º 3580-2002, Lima (URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 638).

La **Ley de gestión de intereses privados**, Ley N.º 28024, permite establecer espacios de permisividad legal para los actos de promoción o gestión de intereses privados en la administración pública desarrollados por quienes no ejercen función pública.

En cuanto a las colusiones y patrocinios impropios del artículo 386º, cabe decir que la razón de esta extensión de tipicidad a través de la ampliación del círculo de autores — copia del modelo español, que llega incluso a construir un concepto extensivo penal de funcionario público aplicable, a particulares con estrictos fines de penalización— radica en la importancia que adquieren los aportes de dichas personas en la configuración de los delitos cuya tipicidad resulta trasladada vía norma penal.

6. Extensión normativa de los delitos de colusión y patrocinio ilegal a peritos, árbitros, contadores y a tutores, curadores y albaceas

ARTÍCULO 386º. Las disposiciones de los artículos 384º y 385º son aplicables a los peritos, árbitros y contadores particulares. Respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o partición intervienen, y, a los tutores curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1º de la Ley N.º 26643, publicada el 26.06.1996. Anteriormente había sido modificado por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 5.01.1996)

6.1. Generalidades

Como puede observarse, la **extensión del tipo penal básico** ha sido realizada de forma adecuada en el contexto del mismo artículo y no en un tipo penal separado, y mucho menos creando una figura que deba informar de los componentes de dos diferentes tipos penales, con los consiguientes problemas de interpretación que esta última orientación trae consigo.

En resumen, quienes tuvieron a su cargo la creación híbrida de este sistema triangular, fueron más allá de lo que disponían los textos de los cuales transcribieron el modelo, violentando la debida taxatividad y coherencia en la presentación y sistematicidad de los tipos penales.

El artículo 386º se estructura así con **dos tipos básicos de concusión** (colusión defraudadora y patrocinio legal) con naturalezas y penalidades diferentes, los que son extendidos a los marcos de actividad de peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas.

6.2. Los sujetos activos del delito

Exclusivamente los particulares que a continuación se describen:

- **Peritos.** Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión técnica u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente.

Es muy vasto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, probidad y conocimiento.

- **Árbitros.** Se trata aquí de jueces de consenso elegidos y designados por las partes para que decidan determinadas controversias o negocios. El nombre de “árbitro” hace referencia a que las partes con voluntad y arbitrio dejan en manos de dicha persona la solución de sus problemas. Los árbitros pueden ser de derecho o de conciencia; los *primeros* se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto, y los *segundos* porque se valen de su sabiduría y los usos vigentes. Los árbitros pueden ser igualmente nombrados por los jueces jurisdiccionales, es decir, por los que integran el Poder Judicial.

El arbitraje es en suma un valioso mecanismo alternativo de justicia, desburocratizado, inmediato, directo, ágil. La Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 1071) fija pautas y restricciones al respecto.

- **Contadores.** Son estos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios.
- **Tutores.** Personas que ejercen tutela (Código Civil, artículos 502 al 563), es decir, el cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad (incapacidad por minoría de edad) que no esté bajo el régimen de la patria potestad (cuidado que ejercen los padres).

El Código Civil regula el ejercicio de la tutoría que puede ser testamentaria, legítima o dativa. Las prohibiciones establecidas al tutor son, entre otras, las siguientes: a) comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; b) adquirir cualquier derecho o acción en su contra; c) disponer los bienes del menor a título gratuito; y d) arrendar por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia y cautelando los intereses del tutelado.

- **Curadores.** Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios⁶. La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) de incapaces; b) de administración de bienes; y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas específicas funciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del “curado”.

En lo que interesa al tipo penal, la curatela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas, no deben

6 Artículo 564° del Código Civil, concordado con los artículos 43 (incisos 2 y 3) y 44 (incisos 2 al 8). Se considera sujeto mayor de edad incapaz a los privados de discernimiento, los sordomudos, ciegosordos y ciegosordos que no puedan expresar su voluntad de modo indubitable, los retardados y deteriorados mentales, los pródigos los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).

- ***Albaceas.*** Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil.⁷

Como es fácil colegir, estos sujetos particulares han sido equiparados a la condición de sujetos públicos a efectos de imputarles y aplicarles sanción penal.

6.3. El objeto del delito

Se trata aquí de operaciones o actividades en las que deben intervenir, mediante actos de relevancia penal, los sujetos activos del delito para que sus actos requieran tipicidad.

- ***Tasaciones de bienes.*** Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales incorrectas.
- ***Adjudicaciones de bienes.*** Intervienen deslealmente en este ámbito los árbitros, de presentarse situaciones de disputa o alegación de igualdad de derechos ganados.

⁷ *Código Civil.* “Artículo 787°. Son obligaciones del albacea: 1) Atender la inhumación del cadáver (...). 2) Ejercitar las acciones judiciales y extra judiciales para la seguridad de los bienes hereditarios. 3) Hacer inventario judicial de los bienes (...). 4) Administrar los bienes de la herencia que no hayan sido adjudicados por el testador (...). 5) Pagar las deudas y cargas de la herencia (...). 6) Pagar o entregar los legados. 7) Vender los bienes hereditarios con autorización expresa del testador, o de los herederos, o del juez, en cuanto sea indispensable para pagar las deudas (...). 8) Procurar la división y partición de la herencia (...)”.

- ***Bienes pertenecientes a incapaces.*** Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposición o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).
- ***Bienes pertenecientes a testamentarias.*** La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código penal español de 1850 y que define, según Escriche, tres conceptos fundamentales: a) la ejecución de lo dispuesto en el testamento; b) el conjunto de los documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador; y c) la reunión de los albaceas y ejecutores testamentarios.

“**Testamentarias**” hace alusión a la situación legal en la que los bienes de la masa hereditaria se hallan en un estado de latencia temporal en poder de los albaceas, quienes tendrán que actuar diligencias para ejecutar la voluntad del testador. Bajo tal contexto, los albaceas para ser imputados penalmente deben desarrollar actos ilícitos de trascendencia penal vinculados a los artículos 384º y 385º del Código y que se manifiestan en la administración o disposiciones arbitrarias de los bienes en vinculación con los actos de colusión y patrocínio ilegal de los funcionarios o servidores públicos.

6.4. Los comportamientos ilícitos y la aplicación de lo dispuesto en los delitos de colusión y patrocínio ilegal

Obviamente que los actos de ilicitud penal de peritos, árbitros, contadores, tutores y albaceas desvinculados de las fi-

guras penales de colusión para defraudar al Estado (artículo 384º) y patrocínio ilegal (artículo 305º), no adquieren la relevancia penal exigible para ser subsumibles en las previsiones del artículo 386º. La razón es evidente: **tales actos podrán constituir estafas, defraudaciones o apropiaciones ilícitas** u otro delito común, **pero no delito contra la administración pública**. Este bien jurídico en nada resulta afectado, jurídicopenalmente hablando, si un tutor enajena los bienes del menor incapaz y jamás da cuenta de ello o si el perito o contador se equivocan dolosamente al hacer las tasaciones e inventarios de bienes de la masa hereditaria. Tales actos en el contexto de las relaciones privadas, en el estricto ámbito de las competencias personales, son irrelevantes en materia de delitos cometidos por funcionarios públicos o equiparables. El tipo del artículo 386º es una figura dependiente, complementaria, careciendo de autonomía en cuanto a comportamientos de interés personal o entre particulares.

Dilucidada esta primera cuestión, ahora se tiene que responder a la siguiente interrogante: ¿qué es lo que realmente resulta aplicable de los artículos 384º y 385º a los sujetos equiparados del artículo 386º?

Queda fuera de duda que la extensión normativa contenida en el artículo 386º, que amplía el círculo de autores, se **refiere exclusivamente a sujetos particulares** (o por excepción a sujetos públicos que actúan en calidad de particulares) por cuyas intervenciones técnicas o profesionales, vinculadas con los negocios del Estado con los interesados, son llamados a responder penalmente. Por lo mismo, deberá existir en los actos de estricta

competencia de los sujetos equiparados una vinculación causal imputable con los desarrollados por el funcionario o servidor público en cuanto coordinación y unidad jurídica de comportamientos ilícitos. No es suficiente un informe falso, una cuenta errada, es necesario e imprescindible **que exista conexión dolosa** con el concierto defraudatorio (es decir, con el acto lesivo de deslealtad para con los intereses del Estado) y obviamente provecho económico para tales particulares.

Lo que sí evidencia un grado apreciable de dificultad es saber qué componentes típicos del artículo 385º (patrocinio ilegal) resultan aplicables a los actos de los sujetos equiparados. En este punto, se debe señalar que constituye un acto de forzamiento hermenéutico hacer equiparable la conducta del funcionario o servidor público que patrocina indebidamente intereses de particulares ante la administración pública a los actos de los peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores o albaceas. La opinión particular del autor de este trabajo es que **debe eliminarse la referencia al artículo 385º**.

En resumen, los sujetos enunciados en el tipo penal serán objeto de imputación por los delitos de colusión defraudatoria y patrocinio ilegal por la vinculación ilegal de sus actos con los del funcionario que se concierta para defraudar al Estado o que patrocina ilegalmente (aplicación o extensión de conductas vinculables y penalidades correspondientes). Se entiende que la imputación es a título de **autoría**, dada la importancia de los actos para definir los citados delitos. Cabe **complicidad** si dichos aportes son de simple referencia, auxilio o no determinan la comisión delictiva.

6.5. Elemento subjetivo

Necesariamente deberá de tratarse de comportamientos dolosos, que siguen las características típicas de los artículos 384º y 385º. Las infracciones culposas carecen de relevancia penal.

6.6. Consumación y tentativa

Al ser el delito de colusión defraudatoria un delito de resultado la equiparación hecha mediante el artículo 386º supone que el delito imputado a los autores equiparados dependerá de que se produzca el perjuicio al Estado. Las formas de **tentativa son** perfectamente **admisibles**.

En el caso de la equiparación hecha en función al delito de patrocinio ilegal, la consumación exige tan solo la actividad de patrocinio, es decir, **se trata de** una figura de **simple actividad**.

6.7. Penalidad

Las sanciones son las mismas que las establecidas para los funcionarios o servidores públicos de los artículos 384º y 385º según sea la naturaleza de los actos. Es decir, de 3 a 15 años (artículo 384º); o de 2 días a 2 años o prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas (artículo 385º). La pena es obviamente desproporcionada en lo que corresponde al delito de colusión defraudatoria extensiva. Corresponde al juez aplicar las penalidades efectuando la debida dosimetría.

7. Bibliografía

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, 2ª ed., Palestra, Lima, 2002.

- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, “La problemática de la participación del *extranei* en el delito de colusión ilegal”, en *Actualidad Penal*, vol. 11, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- DÍAZ LAZO, David César, “Título de intervención de los alcaldes y funcionarios de dirección en el delito de colusión”, en *Actualidad Penal*, vol. 7, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “El delito de concusión en el Código Penal: análisis jurídico-dogmático del artículo 382º CP”, en *Actualidad Penal*, vol. 4, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- ULLOA GAVILANO, José Rubén, “La concertación como elemento típico de carácter indiciario en el delito de colusión. (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 1076-2013 Ucayali)”, en *Actualidad Penal*, vol. 11, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

CAPÍTULO SEIS

DELITOS
DE PECULADO
(Artículos 387° al 392°)

1. Introducción

El peculado es uno de los más antiguos delitos de función que conoce la historia del derecho penal. Fue severamente castigado en el **derecho ateniense y romano**. En este último se llegó a distinguir el peculado por sustracción, retención y uso, el peculado de dinero sagrado y de los dineros públicos. Inclusive se reguló y castigó hasta con pena de muerte el peculado de los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos, extendiéndose la sanción a quienes les prestaran ayuda o a sabiendas recibieran las cantidades sustraídas.

El vocablo ***peculado*** es una palabra compuesta que deriva de dos voces latinas *pecus* (ganado) y *latus* (hurto), que forman la palabra *peculatus*. El ganado, que era el bien máspreciado, servía de medio de cambio en la Roma monárquica y republicana y definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano.

La figura penal de peculado ha evolucionado a través del tiempo, con el desarrollo y la complejidad de la función pública, lo que no pasó desapercibido para las construcciones normativas que para el siglo XIX tenían regulado ya una serie sus **modalidades** sobre la base de **dos ejes principales**: el peculado propio o básico y el peculado por extensión o impropio.

El **peculado propio** es el cometido por funcionarios o servidores públicos que se **apropian** o **sustraen** (el uso del verbo rector depende de cómo lo haya regulado cada legislación penal) de bienes públicos, que por las atribuciones inherentes a sus cargos son poseídos material o jurídicamente por dichos sujetos. En cambio, en el **peculado por extensión** el tipo penal abre su tipicidad para comprender a una serie de sujetos particulares —que resultan reputados normativamente funcionarios públicos— que de hecho, por encargo o delegación administran bienes públicos destinados o empleados en fines sociales.

El peculado propio, a su vez, se subdivide en peculado doloso y culposo, los que a su vez pueden ser básicos o agravados.

El **peculado doloso** registra las siguientes modalidades:

- a) Por apropiación.
- b) Por sustracción.
- c) Por utilización o distracción genérica.
- c) Por distracción o uso específico.
- d) Por aplicación distinta o malversación.
- e) Por aprovechamiento del error de otro.
- f) Por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado.
- g) Por demora injustificada en los pagos ordinarios.
- h) Por rehusamiento a la entrega de bienes.

De todas ellas, **el Código Penal peruano no regula** el peculado por sustracción, por aprovechamiento del error ajeno y el

peculado por aprovechamiento de trabajos o servicios remunerados por la administración pública.

El vigente **Código Penal español de 1995** emplea una denominación distinta para referirse al peculado al que denomina con la frase genérica de “**malversación de caudales públicos**”.

En todo delito de manejo de recursos públicos el concepto “**patrimonio público**” constituye un factor clave y decisivo, para precisar el bien jurídico y, por lo mismo, el ámbito posible de extensión de la tutela penal.

El derecho penal trabaja en este campo con una noción propia de patrimonio que ha evolucionado de un restrictivo concepto fiscal, pasando por el de denotación pública (bienes del gobierno central, organismos autónomos, gobiernos regionales y municipales) hasta llegar a un **concepto funcional de patrimonio público**, con el cual se abarca todos los bienes que se hallen bajo propiedad o administración del sector público, con el que se comprende también a los bienes de particulares que en el momento de la comisión del delito se encuentren bajo posesión o administración del sector público, sin que se requiera siquiera analizar en este punto la posibilidad de que efectivamente pasen a propiedad del Estado, por cuanto el sujeto público, una vez que dichos bienes de origen particular han ingresado legítimamente a su esfera de administración, se halla en **posesión oficial de garante** con respecto a ellos y por lo mismo, si se los apropia, cometerá peculado y no un delito patrimonial común.

2. El bien jurídico protegido

Adquirir consenso sobre el objeto de la tutela penal en los delitos de peculado ha estado precedido de un amplio debate

doctrinario en torno a dos concepciones. O bien se asume una **posición patrimonialista** que privilegia la tutela del patrimonio público o se sigue con la tradicional **defensa de los deberes de lealtad del funcionario** para con la gestión de los recursos públicos.

- a) La primera posición, llevada a sus extremos, ha implicado la desfuncionalización de dicho delito, conforme lo expresa actualmente el Código Penal alemán, al considerar al peculado un delito común patrimonial (hurto-apropiación ilícita) agravado por la condición pública de los bienes.
- b) La segunda posición, igualmente llevada a sus límites extremos, implicaría desatender la naturaleza misma de las cosas que se revela con este delito, que ofende seriamente la dimensión patrimonial de lo público, para priorizar la infracción del deber como bien jurídico hegemónico.

La tendencia mayoritaria que prima actualmente en la doctrina y en la jurisprudencia europea es considerar que el peculado es un **delito pluriofensivo** y, por lo mismo, que el objeto de protección penal se halla tanto en asegurar la protección de dicho patrimonio como garantizar la lealtad del funcionario o servidor público para con la gestión de los recursos públicos.

Los **defensores de la posición patrimonialista** (De la Mata y Etxeberria, Muñoz Conde), en una versión racional y ponderada, coinciden en señalar que el bien jurídico protegido está representado por la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública, de cara a servir los intereses generales de la sociedad, criticando que en realidad

sea la infracción de un deber de lealtad institucional el bien jurídico, por constituir tal afirmación un criterio autoritario.

En suma, **el delito de peculado es** un delito que afecta intereses patrimoniales del Estado, una correcta administración de los mismos con vistas a su destino público y, también, los deberes del funcionario y/o el servidor público para el fomento y el aseguramiento de las finalidades del patrimonio público. Es decir, que los objetivos en el delito de peculado son:

- a) **Proteger el patrimonio público.** Señalar como afectado al “patrimonio del Estado” o “el Estado” en realidad debe ser definido por las reparticiones públicas. Es por eso que modernamente se habla de que el afectado no es en propiedad el Estado, sino que es el Ministerio de Educación, es la Contraloría, es la Municipalidad, es el Poder Judicial, etc. Es esta una versión moderna del sujeto pasivo del delito.
- b) Garantizar una **correcta administración** de ese patrimonio, mirando el destino que se le va a dar.
- c) **Proteger o garantizar los deberes** que tiene el funcionario público para con la administración pública (los deberes en este caso son deberes de un correcto uso del patrimonio público).

La Corte Suprema, siguiendo estos delimitadores conceptuales, ha establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ (Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal del 2005), que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección penal: a) garantizar el principio de la no lesividad

de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

6. El artículo 387º del Código Penal vigente, establece en **primer lugar** la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”*; en **segundo lugar**, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como *“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”*; concluyendo en **tercer lugar**, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes *“Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...”* (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada **disponibilidad jurídica**, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, **el bien jurídico se desdobla en dos objetos específicos** merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garan-

tizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y **b)** evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 6. Las negritas son nuestras.

3. El delito de peculado doloso propio simple y agravado

ARTÍCULO 387º. El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con

pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21.07.2011; por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011; y por el artículo único de la Ley N.º 26198, publicada el 13.06.1993)

3.1. Características generales

El modelo peruano de peculado se caracteriza por incluir **en un solo tipo penal las figuras dolosa y culposa** de peculado.

3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es sujeto activo **el funcionario o servidor público que por razón del cargo posee** (directa o jurídicamente) caudales o efectos. La norma penal **ha restringido el círculo de autores**, de modo que ser funcionario servidor público no es suficiente condición de tipicidad para que se realice el delito. En efecto, si un funcionario no vinculado funcionalmente con los caudales se los apodera, no estará cometiendo peculado sino sencillamente hurto común o, de ser el caso, apropiación ilícita.

Existe en el delito de peculado una doble calificación normativa para los autores de este delito: **(i)** que sean sujetos públicos y

(ii) que se hallen en posesión de los bienes por razón del cargo. Esta vinculación funcional resulta determinante al momento de verificar la existencia del elemento normativo: funcionario o servidor público en el delito de peculado. De modo que posesiones materiales sin referencia en las atribuciones inherentes al cargo, por simples razones de confianza, costumbre, delegaciones a título personal o entregas de dinero vinculadas a razones distintas a las emanadas del cargo, resultarán insuficientes para configurar tipicidad del delito de peculado.

Sujeto pasivo es el Estado en la amplia gama de reparticiones públicas.

a. Comportamiento típico

El tipo penal doloso de peculado admite dos modalidades de comisión: el peculado por apropiación y el peculado por utilización, conforme al uso de los verbos rectores *apropiar* y *utilizar* contenidos en la norma penal.

Para ambas modalidades de peculado —tanto el de apropiación como por utilización— la norma tiene como punto de partida el hecho de que el funcionario o servidor público **tiene bajo su posesión** (bajo cualquiera de las tres formas de poseer: percepción, administración o custodia) los caudales o efectos; y que esta posesión es legítima dado que nace de los atributos del cargo.

La diferencia radica en el hecho de que en el **peculado por apropiación** el sujeto público hace suyo, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable

para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado suponen la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento.

» Ejecutoria Suprema del 26 de junio de 2003, R. N. N.º 2337-2001, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, Idemsa, Lima, 2005, T. II, p. 321).

En cambio, en el **peculado por utilización** el agente no está movido por el *animus rem sibi habendi* [ánimo de hacerse propietario de un bien] sino por una voluntad que busca tan solo aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad de apoderamiento definitivo o ingreso del bien a su esfera de dominio patrimonial o de tercero. Utilizar el caudal o efecto supone un apoderamiento temporal sin fines de apropiación, que deberá cesar e importar la restitución del bien al dominio público.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

7. [...]

c) Apropriación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7.

La **percepción, administración o custodia** constituyen las modalidades de posesión que la norma exige en tanto relaciones jurídicas con las que el sujeto público se relaciona con el caudal o efecto y a partir de las cuales desarrollará actos de apropiación o utilización. Esta singular relación entre el sujeto público y el objeto material del delito es lo que se denomina la **vinculación funcional**, componente central en la estructura típica del delito de peculado y cuya ausencia genera atipicidad del supuesto de hecho, para los fines criminalizadores y punitivos del peculado.

La **percepción** se define como la acción de captar o receptionar caudales o efectos de distinta fuente (de otras dependencias públicas, de particulares, de empresas privadas, de colectivos sociales, de fuentes extranjeras, etc.) pero de procedencia lícita.

La **administración** es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales.

La **custodia**, por su parte, hace alusión a la conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor a los caudales o efectos.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

a) Existencia de una **relación funcional** entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

b) **La percepción**, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) **Apropiación o utilización**. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) **El destinatario para sí**. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7.

b. *El objeto material del delito: los caudales o efectos*

La norma penal utiliza los vocablos “**caudales**” y “**efectos**”, ambos de rancio abolengo francés de inicios del siglo XIX, que resultan desfasados con la terminología actual.

Con el vocablo “**caudal**” se comprende a cualquier objeto, bien mueble, dinero y valores negociables que por sí solo tienen un valor económico en el mercado y que forman parte del patrimonio público en sentido funcional. Son los bienes que se pueden vender y comprar. En cambio, los “**efectos**” designan a todos los bienes que no valen por sí mismos sino por lo que representan (estampillas, sellos, consignaciones judiciales, giros postales, documentos valorados, distintivos oficiales, etc.).

El punto de discusión reside en si los bienes inmuebles forman parte de los caudales, de modo tal que sean susceptibles de apropiación mediante conducta peculadora. Queda fuera de discusión que **los inmuebles sí son caudales** desde la perspectiva del **peculado por utilización**. El punto de dificultad radica en el hecho de si **un bien inmueble puede ser objeto de apropiación**; en este punto, el Código Penal ofrece pistas al respecto, sobre todo en el artículo 202º (delito de usurpación), en el que se admite la apropiación de inmuebles.

La Corte Suprema ha asumido un criterio funcional para decidir la calidad del caudal o efecto, al sostener que ambos deben ser susceptibles de introducción y negociación en el tráfico jurídico.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Los libros contables supuestamente apoderados por los citados encausados no constituyen **caudales o efectos** —objeto material del delito de peculado—, pues, conforme lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera de manera unánime, ello comprende fundamentalmente al dinero u otros objetos dotados de valor económico, y los **efectos** comprenden a los documentos de crédito —valores en papel, título, sellos, estampillas— emanados de entidad estatal, que representan valores económicos y tiene carácter de negociables, tal como coinciden en tal criterio numerosos autores tanto nacionales como extranjeros; calidad que no tiene los libros contables por no ser susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT— con fines contables o de administración.

» Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 1998, R. N. N.º 4174-96, Junín.

En síntesis, el esfuerzo conceptual de la Corte Suprema ha consistido en indicar que el **caudal** posee por sí valor económico, mientras que el **efecto** representa un valor económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico. Se nota en tales definiciones el interés jurisprudencial por lograr distinciones taxativas entre lo que es caudal y efectos, de modo que los títulos de crédito pasan en tal idea a constituir “efectos”. Esta inclusión puede fácilmente ser cuestionada, pero consideramos adecuado y racionalizador el esquema de inclusión clasificatorio propuesto por la Corte Suprema que abona por una noción estricta de caudal y amplia de efectos.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

7. [...]

e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7.

El **patrimonio público** (término inclusivo para comprender los caudales y efectos) no es solamente el tesoro del Estado ni el dinero de los ministerios. El concepto “patrimonio público” comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración Pública. Más aún, por patrimonio público **se entiende también a aquellos bienes particulares** (privados) que se encuentran **temporalmente** bajo administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre esos bienes.

EJEMPLO

Son patrimonio público los bienes incautados como las máquinas tragamonedas que se comisan en trámite administrativo y que pasan a almacenes públicos o privados pero bajo administración de la entidad pública. Estos bienes son de origen privado pero jurídicamente tienen una significación pública porque el Estado asume —en esos momentos— relaciones de posesión jurídica sobre dichos bienes.

c. ***El destinatario: para sí o para otro***

En el delito de peculado por apropiación es usual que el funcionario o servidor que se apropia de los caudales o efectos los ingrese a su patrimonio y se aproveche de los mismos, sin embargo, la norma penal se ha puesto en el caso de que el sujeto público consuma el delito con la finalidad de destinar los bienes **a una tercera persona** (“para otro”). En esta hipótesis se produce una fase de agotamiento del delito ya consumado por el funcionario o servidor público por parte del tercero, quien puede ser un particular, otro servidor o funcionario desvinculado funcionalmente, una persona jurídica, etc.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

[...]

d) El destinatario para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7.

La expresión ***para otro*** nos permite entender que ese dinero o caudal del que se apropia el funcionario (el que consuma el delito) va a ser trasladado a terceras personas. Dicho término (*para otro*) no quiere decir que esté dirigido a su esposa o a sus hijos, sino que está pensado para una persona que se encuentra más allá del ámbito personal o familiar del funcionario público. De apropiarse de los bienes o caudales para dárselos a ellos (fa-

miliares), dichos bienes o caudales se mantendrían aún bajo su propio ámbito de definición, no se estaría configurando la figura “para el otro”. *Para otro* ha sido una designación colocada en el tipo penal sin que ello lo convierta en un elemento normativo. El término se utiliza cuando el funcionario se apropia de los caudales para desplazarlos desde su ámbito de dominio —ilegal por cierto— a terceras personas, las cuales pueden ser tanto personas físicas o naturales así como instituciones o personas jurídicas (empresas, grupos políticos, partidos, credos religiosos, instituciones diversas, etc.). Dicho destinatario fáctico ha sido colocado por el legislador para entender que el peculado puede también comprender hipótesis de mayor complejidad, en las cuales ese “otro”, puede ser un receptor, un cómplice o incluso un participante inocuo.

Esta peculiar vinculación entre sujeto activo del peculado y favorecido o beneficiario ha sido vista en la actualidad no siempre desde una perspectiva serena, para llegar a sostener que este tercero es el que finalmente consuma el delito o concurra junto al sujeto público a la consumación, lo cual constituye un criterio erróneo, dado que ello rompe las reglas de concepción y construcción normativa de los delitos de función.

El **rol** cumplido por el **tercero beneficiado** con la consumación del peculado puede llegar a admitir las siguientes lecturas:

- a) Se trata de un **cómplice primario o secundario**, si es que ha contribuido con aportes ejecutivos a la concreción del delito;
- b) Es un **inductor**, en el caso de comprobarse que determinó al funcionario o servidor público a apropiarse de los fondos que estaban destinados para él;

- c) Se trata de un **receptor**, de haber recibido, guardado o negociado los bienes con conocimiento o presunción de que estos proceden de la comisión del delito de peculado; o
- d) Es un **beneficiario penalmente** irrelevante si desconoce el origen o la procedencia del caudal público.

El delito es **eminentemente doloso**, lo que descarta como hecho penalmente relevante apropiaciones por descuidos, imprudencias o confusiones, muy frecuentes en zonas en las cuales acceden al ejercicio de la función pública personas no necesariamente poseedoras de conocimiento sobre manejo y gestión del sector público (por ejemplo, alcaldes de distritos alejados de los grandes centros poblados).

3.3. Aumento de la cuantía para diferenciar la cantidad del injusto

La Ley N.º 30111 ha establecido cuantías, al igual que los códigos español y mexicano, en relación a los caudales a efectos de matizar el injusto del delito, siendo una circunstancia agravante el monto elevado de lo apropiado.

Son referentes objetivos que permiten diferenciar la cantidad de injusto, dado que si se trata de proteger el patrimonio público, el dato objetivo de la cantidad de lo apropiado por el funcionario o servidor constituye un elemento material a tomar en cuenta para graduar el injusto y derivar consecuencias punitivas diferentes, ya que no es igual que el agente se apodere de bienes de escasa entidad pecuniaria a que lo haga en volúmenes y proporciones que pongan en peligro la viabilidad del servicio o de la función.

El segundo párrafo del artículo 387º señala que cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, la pena privativa de libertad será no menor de ocho (cuatro más que la modalidad simple) ni mayor de doce años (también cuatro más que la modalidad simple) y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Con esto se establece que en el peculado el patrimonio público imprime la naturaleza del delito y no importa solo la infracción de deber.

3.4. La relación funcional del autor o coautor con el objeto material normativo del delito

La relación funcional por razón del cargo admite dos interpretaciones:

- a) El funcionario tiene el **control directo** de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en contacto con el bien a efectos de brindar servicios). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien.
- b) El titular o funcionario de nivel **no está en relación directa** con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente estos no están en un determinado territorio que él administra. Tiene lo que se llama la **disposición jurídica de los bienes** (el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva). Esta

modalidad de vinculación permite también imputarle a los funcionarios el delito de peculado, en caso estos hayan dispuesto que dichos montos o caudales se destinen para terceros, o ellos se los apropien, pese a no estar en contacto directo material con los bienes, utilizando su poder de decisión.

3.5. Un caso particular: los viáticos

El peculado no supone que el funcionario pueda disponer de los bienes a su criterio, sino que debe cumplir normas específicas para cautelar el patrimonio del Estado; el patrimonio que administra un funcionario no es para sí o terceros a elección o discrecionalidad del funcionario vinculado funcionalmente con el patrimonio público.

El caso de los viáticos representa un caso muy ejemplificativo que sirve para demostrar los límites de la tipicidad del delito de peculado doloso, y los excesos a los que se puede llegar cuando se pierde de vista el principio de legalidad penal.

Podemos definir a los **viáticos** como un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública —esto es, las diferentes reparticiones públicas—, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio.

Los **viáticos** entregados a un sujeto público para gastos de movilidad se producen **en calidad de transferencia en disposición**, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas.

Los viáticos tienen las siguientes **características**:

- a) Poseen un contenido **patrimonial** (en dinero).

- b) Tienen una cualidad **eventual**. No puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos.
- c) Tienen que tener un revestimiento de **legalidad**. Tiene que estar previsto en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal.
- d) Poseen un carácter **fungible**. El viático no se da para custodiarlo o para invertirlo. El viático, como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, se entrega para gastarlo. El concepto administrativo de viático habla de movilidad, alimentación y hospedaje, y traslados internos, cuando sean necesarios.
- e) Su **comunicabilidad**. El funcionario tiene el deber de informar, rendir cuenta y dar detalles sobre la forma que ha utilizado los viáticos.

Los **viáticos** entregados a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje tienen una **función instrumental** y **son** de carácter personal para ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales.

Si bien queda claro que los viáticos no suponen transferencia de bienes en posesión para uso público (pues lo es en disposición para gasto personal), la obligación de rendir cuentas y aleatoriamente de devolver lo no gastado ha sido vista como un supuesto fáctico irregular a partir del cual construir imputación por delito de peculado. Tal razonamiento, en sus fundamentos, prescinde de los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva

del delito de peculado. El beneficiario con **el viático** no administra por razón del cargo el bien. Dicho bien, cuando ingresa al dominio del beneficiario, **pierde potencialmente su calidad de patrimonio público**, porque el uso del bien no es para fines públicos.

Que el funcionario o servidor público esté en la obligación de rendir cuenta y devolver lo no gastado no permite la concreción del delito de peculado, sí en cambio la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral. Habrá una **falta administrativa** y se le procesará administrativamente **por no haber devuelto** lo que no utilizó para efecto de sus gastos personales pero no se configura el tipo. Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Realiza el tipo penal del delito de peculado el agente, empleado del Instituto Nacional Penitenciario encargado del pago de los viáticos al personal de esa entidad, que suplanta la firma de uno de los beneficiarios de dicho pago con la finalidad de lograr su propósito de apropiarse de ese monto de dinero.

» R.N. Nº 2622-2003-Lambayeque (CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 2006, T. III, p. 420).

3.6. Cómo probar el peculado

La Corte Suprema ha señalado en constante jurisprudencia que el peculado requiere de **pericia técnica** que demuestre el perjuicio patrimonial al Estado. Si la persona que se halla en relación material directa o jurídico-indirecta con el bien público

no da explicaciones de lo sucedido con dichos bienes, si se demuestra que esta persona **estaba en posesión jurídica o en posesión material** de los bienes y de repente el dinero o los bienes desaparecen, hay una presunción de que él se los ha apropiado. La labor de investigación penal irá acumulando medios de prueba (indicios, testimonios, verificaciones *in situ*, pericias) para llegar a la conclusión de que esta persona es quien se ha apropiado de parte del patrimonio público. No obstante, es deber del órgano persecutor del delito acreditar el perjuicio mediante prueba técnica, sin el cual no se podría demostrar uno de los extremos de la lesividad al bien jurídico protegido.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito.

» Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, R. N. Nº 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes

al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal.

» Ejecutoria Suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N.º 3858-2001-La Libertad (SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 346).

El **razonamiento lógico** es el siguiente: hay un faltante, ese patrimonio estaba bajo administración del funcionario, el faltante se detecta justamente en el ámbito de competencia del funcionario. Sin embargo, esto no es suficiente para condenarlo. El fiscal está en la obligación de demostrar que él se apropió del bien ingresándolo a su patrimonio personal o desplazándolo al de terceros. Cuando **no se puede probar** el dolo del funcionario, queda la figura subsidiaria del **enriquecimiento ilícito**.

3.7. El peculado culposo

En el delito de peculado culposo se protege un bien jurídico general y un bien jurídico específico. En este tipo el funcionario público permite con sus imprudencias que terceras personas se lleven los bienes. Lo que está en juego aquí no la honradez o la probidad del funcionario sino una **correcta administración del patrimonio público** y preservar la intangibilidad de ese patrimonio.

La redacción que ha empleado el legislador penal para regular el delito culposo de peculado resulta técnicamente desafortunada, dado que circunscribe el núcleo de la acción en el hecho de que sean **terceros los que sustraigan el bien por descuido del funcionario** o servidor público, y no que este sea el que

se apropie por culpa; en otras palabras, el autor de la sustracción no es propiamente el sujeto público, vinculado por razón del cargo con el bien público, sino terceras personas (*extraneus*). Obviamente que lo primero es desacertado por cuanto se ha construido un tipo complejo que junta tipicidades del hurto y de un peculado de dudosa relevancia penal; por lo mismo, la autoría por peculado culposo reside en un descuido, imprevisión o negligencia que ocasiona o posibilita a su vez una disposición causal distinta no imputable en cuanto actos ejecutivos al funcionario o servidor. Pero, de otro lado, haber hecho descansar el núcleo del ilícito en la apropiación negligente de los bienes o caudales por actos directos del sujeto público, habría sido una **aplicación maximalista del derecho penal** con más desventajas que méritos para la administración pública, dado que para ello resulta suficiente el derecho administrativo disciplinario.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por **tercera persona**, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. **Habrà culpa** en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

» Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, ff. jj. 8 y 9.

[Estructura del delito de peculado culposo] Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal [...] y, pues

igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: "...Habrà culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

» R. N. N.º 4500-2005-Junín, de 6 de setiembre del 2007, considerando cuarto. Véase el texto en <bit.ly/1l3F4at>. Dicho considerando constituye precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[Reconducción del título de condena por parte del Tribunal Supremo del delito de peculado doloso a peculado culposo] Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al Rector de la Universidad Nacional San Agustín, éste tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad, en razón, de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba [...]. Admitir, que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdos que atenten contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso.

En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...].

» Casación N.º 244-2013-Arequipa, de 11 de febrero del 2014, considerando octavo y noveno. Véase el texto en <bit.ly/1YVMQBF>.

3.8. El peculado agravado

Producto de la reforma producida en 1993 (Ley N.º 26128, del 13 de junio de ese año), en relación al delito de peculado, el legislador incorporó como circunstancia agravante de dicho delito la consideración de la finalidad del caudal o efecto, es decir, que **si el patrimonio** que se apropia el sujeto público **está destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social**, la pena privativa de la libertad se incrementa en ambos extremos, tanto en su mínimo de 4 a 8 como en su máximo de 8 a 12 años (conforme a la Ley N.º 30111).

El legislador ha tomado en cuenta la importancia del destino social de los caudales para incrementar la entidad del injusto del peculado. La tipicidad agravada en este caso se produce tanto antes de que se apliquen a dichos fines los caudales o efectos como cuando ya se están implementando los fines asistenciales o los programas de apoyo social. La **configuración** de la modalidad agravada de peculado requiere que el infractor conozca de dicha finalidad que poseen los caudales; el dolo del agente se amplía con un múltiple nivel de conocimiento: de su vinculación funcional, de la naturaleza pública del patrimonio, de su finalidad de destino.

3.9. Consumación

Se produce la consumación del delito en el **peculado por apropiación** para sí cuando el sujeto público **ha incorporado** ya a su patrimonio los caudales o efectos apropiados o —en la hipótesis del “para otro”— cuando se los ha apropiado con la finalidad de destinarlos al tercero beneficiado.

En el **peculado por utilización** el delito se considera consumado cuando se **haya producido** el uso ilegal y el caudal o efecto del cual se sirvió el infractor haya sido reintegrado al patrimonio público; la no reintegración deja abierta la posibilidad del peculado por apropiación, sin embargo, esto supone por parte del juez analizar el dolo que dirigió la acción del agente.

3.10. Penalidad

- Peculado doloso básico: pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años más inhabilitación, conforme al artículo 36º, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza y no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50% del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.
- Peculado doloso básico agravado por el monto elevado de lo apropiado o utilizado: pena privativa de

la libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años más inhabilitación, conforme al artículo 36º, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- Peculado doloso agravado por la finalidad asistencial de los bienes públicos: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 12 años más inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Peculado culposo básico: Pena privativa de la libertad no mayor de 2 años y prestación de servicios comunitarios de 20 a 40 jornadas más inhabilitación.
- Peculado culposo agravado: pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 5 años, más inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 150 a 230 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

La Ley N.º 30304, de 28 de febrero del 2015, que modificó el artículo 57º del Código Penal, ha dispuesto que los funcionarios que sean condenados por los delitos establecidos en el presente artículo 387º no podrán gozar de la suspensión de la pena. De este modo, tendrán que cumplirla en su totalidad en prisión.

4. El delito de malversación de fondos

ARTÍCULO 389º. El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 27151, publicada el 07.07.1999 y por el artículo único de la Ley N.º 26198, publicada el 13.06.1993)

4.1. Características generales

El delito de malversación, o distracción de fondos como también se lo conoce en otras legislaciones penales, no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un **ilícito**, de **evidente factura administrativa**, de mal uso de los dineros y bienes del Estado o de las diversas reparticiones públicas, al asignárselos a destinos no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria.

Llama la atención que la norma penal de malversación de fondos no emplee los términos *caudales* o *efectos*, que se observa en el peculado, sino que aluda literalmente a **dinero** y **bienes**. Es obvio que la fuente argentina⁸ de origen de donde se tomó el modelo influenció para salir de la esfera de irradiación francesa y española en materia del objeto material del delito.

El legislador penal modificó en el año 1999, por Ley N.º 27151 del 7 de julio de ese año, el texto original de este delito, incorporando el componente “**definitividad**” a la aplicación diferente de los bienes públicos, lo que contribuyó notablemente a racionalizar las disposiciones de tipicidad objetiva de esta figura penal.

La *definitividad* es una suerte de filtro de tipicidad que tiene un sentido práctico de mínima intervención, pues no toda conducta considerada malversación se castiga.

EJEMPLO

En un pueblo bastante alejado ha ocurrido una gran inundación, dejando a cientos de personas en la intemperie y con grave peligro de perderse muchas vidas. El alcalde tiene que actuar de inmediato y utiliza dinero de partidas que no estaban contempladas para cubrir esa contingencia. Es un caso de extrema necesidad. Si el dinero es regresado a su partida de origen y no hay afectación al servicio o a la función a la cual estaban destinados esos fondos, entonces no habrá delito de malversación. En estos casos nos quedamos en la pura área administrativa.

8 *Código Penal de Argentina (1922)*: “Artículo 260. Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.”

Es de esperar que este tipo penal, en invocación a principios de mínima intervención y de *ultima ratio* merezca por parte de la política penal peruana una mejor evaluación a efectos de analizar su necesidad en tanto conducta penalmente relevante, dejando a la esfera administrativa la tarea de sustanciar y sancionar de ser el caso a los funcionarios y servidores públicos que dan destinos diferentes a los bienes o dineros asignados; o de restringir el ámbito de tipicidad a casos de gran lesividad social y funcional.

4.2. Bien jurídico protegido

El objeto de tutela penal radica en la necesidad de cautelar el principio de legalidad presupuestal, como criterio rector en las asignaciones y disposiciones de los dineros y bienes públicos.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Solo puede ser el funcionario o servidor público que tiene bajo su administración dinero o bienes con facultades para disponer de ellos con fines predeterminados de naturaleza oficial. Cualquier otro sujeto público que llegue a tener contacto con recursos públicos sin poseer facultades de administración-asignación no podrá cometer malversación de fondos sino irregularidades administrativas. Rige aquí, al igual que en el peculado y la colusión defraudatoria, una estricta vinculación funcional del sujeto activo con el objeto material del delito.

El núcleo de la ilicitud reside en el hecho que el funcionario o servidor público da a los dineros o bienes que administra una **aplicación definitiva diferente**, infringiendo las previsiones ya establecidas y asumidas vía presupuestal o por vía decisional legal.

Son así dos los componentes a tomar en cuenta: la aplicación diferente y la definitividad de esta aplicación.

- a) **Aplicar en forma diferente** admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de, la administración pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones.
- b) La **definitividad** de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante hay que tomar en cuenta los periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen que sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se ha-

lla redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva diferente, es decir, no está en la naturaleza del bien ser menos o más fungibles a efectos de tipicidad, sino que este extremo del comportamiento típico se halla íntimamente vinculado a la disposición causal que el agente realice de dicha circunstancia; es en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente.

El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de juego técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también a imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado.

Será **definitiva** la malversación cuando la misma es **irretornable contablemente** a la partida de origen, en un contexto de conducta innecesaria y dolosa. El tiempo y la modalidad de retorno —a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad— corresponde con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema.

El delito es **doloso**. Ello supone que el funcionario o servidor debe tener conocimiento del fin o destino indebido, anómalo, que está dando a los bienes o dineros públicos que administra; debe asimismo saber que está infringiendo normas administrativas que le impiden malversar. El Código Penal peruano no castiga malversaciones administrativas, vale decir, dirigidas con

criterios de resultado material carentes de dolo o causados por imprudencia.

4.4. Consumación y tentativa

Al tratarse de un delito de resultado, el delito se consuma al producirse la aplicación definitiva de los bienes o del dinero a destinos oficiales no previstos originariamente y no autorizados. El elemento “definitividad” sugiere la idea de que estamos frente a un delito cuya consumación admite fase de terminación, la misma que opera negativamente al descartarse el retorno o reintegro del bien o dinero público.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

SÉPTIMO: Que, igualmente en cuanto al delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del acotado cuerpo legal, si bien es cierto que exige como uno de sus presupuestos que se dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban destinados, también lo es, que para la configuración del mismo se incluye como elemento típico que la conducta tienda a la afectación del servicio o de la función encomendada; de ahí que la malversación de fondos **sea un delito de resultado**, ya que de lo contrario estaríamos ante una infracción administrativa no advirtiéndose de autos que se haya afectado el servicio; que siendo esto así, resulta procedente disponer la absolución de los precitados encausados por los delitos materia de impugnación, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

» Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2003, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios.

La afectación de la función o servicio se constituye en un resultado causado con la conducta típica, operando a modo de condición objetiva de punibilidad.

La figura penal de malversación se agrava si el patrimonio, que desvía el agente, está destinado a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales.

4.5. Penalidad

- Malversación de fondos básica: pena privativa de la libertad no menor de 1 ni mayor de 4 años, más pena de inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Malversación de fondos agravada: pena privativa de la libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años, más pena de inhabilitación, además de una pena de multa de 365 días-multa.

5. Los delitos de peculado y malversación impropios

ARTÍCULO 392º. Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387º a 389º, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o

bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

(Texto conforme a la modificación efectuada por la séptima disposición final de la Ley N.º 28165, publicada el 10.01.2004; y por el artículo único de la Ley N.º 26198, publicada el 13.06.1993)

5.1. Aspectos generales

Con este dispositivo legal, a través del cual se amplía el ámbito de protección penal, el legislador de modo expreso ha comprendido a una serie de autores que, normalmente no forman parte del concepto administrativo de *funcionario y servidor público*, así como ha puesto de manifiesto que también el patrimonio de particulares que se halle en disposición jurídica pública o esté destinado a fines sociales se hace merecedor de tutela penal. “**Están sujetos**” marca así la injerencia punitiva a agentes distintos de los funcionarios o servidores públicos consignados en los artículos que la norma alude.

El peculado y la malversación extensivos **amplían el círculo de autores** por dichos delitos a los administradores y custodios que administren dineros pertenecientes a entidades de beneficencia o similares. La referencia está hecha aquí a funcionarios y empleados de **entidades privadas de beneficencia**, entidades donde el interés público juega un papel predominante y que ha motivado la injerencia del Estado en la administración y custodia de dichos fondos.

Se **amplía también la autoría** para el caso de los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque dicho dinero o bienes pertenezcan a particulares. Usualmente aquí suele presentarse

un **concurso aparente** de normas con lo establecido en el artículo 190º del Código Penal, que regula una de las modalidades de apropiación ilícita de bienes muebles, dinero o valores por parte del depositario judicial. Concurso aparente que se supera si prestamos atención a que en el caso del delito de apropiación ilícita el bien jurídico en juego es uno de naturaleza particular y sobre todo a que la alusión al tipo extensivo de peculado está referida de modo más amplio a los administradores y depositarios de bienes que cumplen esas funciones por disposición de autoridad competente, es decir, no solo por la autoridad judicial.

Finalmente, completan el círculo de autores comprendidos en la redacción del artículo 392º todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes **destinados a fines asistenciales** o a programas de apoyo social. La norma penal ha acudido aquí a una fórmula subsidiaria de protección penal cuando se refiere a “todas las personas o representantes de personas jurídicas” que administran o custodian dinero o bienes. El contenido de esta determinación normativa no deja de ser complejo y deficiente, porque en una norma subsidiaria descender al detalle o cerrar el tipo no es lo más conveniente desde una perspectiva de técnica legislativa coherente.

La **equiparación normativa** efectuada por el artículo 392º con relación a los sujetos activos del delito no supone la creación de nuevas tipicidades, dado que la conducta típica sigue siendo la contenida en los artículos 387º al 389º del Código Penal, al igual que la tipicidad dolosa que en este caso comprenderá el conocimiento de las singulares posiciones de autor que trae consigo el delito de peculado y malversación extensivas.

Como se ha señalado anteriormente, a través de los artículos 392º y 385º el Código Penal construye un **concepto penal**

propio de funcionario público, a efectos de ampliar el círculo de protección al bien jurídico, mediante la conminación penal y, de llegar el caso, la respectiva sanción punitiva.

5.2. Penalidad

La establecida en los artículos 387° a 389°, dependiendo de cuál sea el delito que corresponda a la tipicidad de los actos de los sujetos equiparados, más la inhabilitación del artículo 36° numerales 1 y 2, conforme a lo dispuesto en el artículo 426° del Código Penal.

6. Otras modalidades de peculado

6.1. Peculado específico de uso

ARTÍCULO 388°. El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Ante-

riormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21.07.2011; y por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011)

Contemplado en el artículo 388º del Código Penal, el peculado específico de uso ha sido construido privilegiando un sector importante y sensible del patrimonio público objeto material del delito. La norma penal **ha enfatizado determinados bienes** a efectos de comprenderlos en esta expresión de peculado atenuado: vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallen bajo su guarda.

Si ya de por sí los términos *vehículos* y *máquinas* permiten abarcar una inmensa gama de especies, con la frase “**cualquier instrumento de trabajo**” ingresamos a una tesitura de objetos materiales de delito considerable. En efecto, “instrumentos de trabajo” posee un significado muy amplio, que puede llegar a atentar contra la racionalidad de la aplicación penal de dicho dispositivo, y que merecerá por parte del operador jurídico una interpretación restrictiva conforme a principios de lesividad y *ultima ratio*.

Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados.

Se nota claramente la finalidad preventiva de esta formulación legal y hacia dónde apunta el mensaje comunicativo de

la misma. Todo uso ilegal de bienes públicos que por sus características no ingrese en este tipo penal será reconducido por la fórmula básica del peculado por utilización del artículo 387º.

El tipo penal contiene además una **extensión de autoría**, para efectos penales, a los contratistas de obras públicas y sus empleados que usen dichos bienes fuera del servicio oficial, en el contexto de las contrataciones oficiales.

Interesa destacar el contenido normativo que da razón a la causal de **exención de pena**, contenido en el último párrafo del artículo 388º del Código Penal, es decir, cuando el vehículo automotor está asignado al uso personal del funcionario por razón del cargo. Son prerrogativas especiales concedidas en determinados lugares y reparticiones públicas a determinados funcionarios para que hagan uso para sus fines personales del automóvil, camioneta, motocicleta u otro vehículo motorizado (una nave acuática, en la zona de selva, por ejemplo). Los **fines personales** cubren todo un espectro de usos que le son inherentes a la vida privada del sujeto público, abarcando tanto a su entorno familiar como suyo propio. No se trata de equiparar vehículo para fines personales con vehículo de uso oficial o vehículo para fines del servicio, pues los destinos son diferentes.

El **servicio personal por razón del cargo** le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales y del servicio imponen. Incluso por vía de interpretación extensiva cubre también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes.

6.2. Peculado por demora injustificada de pagos y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad

ARTÍCULO 390°. El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

ARTÍCULO 391°. El funcionario o servidor público que, requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, rehusa entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos bajo su custodia o administración, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

El artículo 390° del Código Penal, así como el 391°, regulan dos conductas omisivas de peculado (copiadas del Código Penal argentino, cuyo artículo 264° los regula en un solo tipo penal, desdoblado en dos párrafos⁹), que suponen por parte del funcionario o servidor público un evidente abuso de poder y representan en la estructura de los delitos funcionales, recogidos en nuestra legislación penal, normas especiales respecto al delito de incumplimiento de funciones establecido en el artículo 377° del Código Penal. En ambos casos se puede apreciar la presencia

9 *Código Penal argentino*. “Artículo 264°. Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración”.

de un manifiesto abuso de poder por parte del funcionario o servidor público competente, que llega a poner en peligro jurídicamente la correcta marcha de la administración pública y a afectar los intereses de terceras personas. La existencia en ambos tipos penales de componentes patrimoniales —en sentido amplio patrimonio público— “**fondos expeditos**”, “**dinero**”, “**cosas o efectos depositados**”, objetos materiales de delito, etc., decidieron al legislador a regular dichos comportamientos como modalidades de peculado, y no de abuso de autoridad, no obstante que representan típicas figuras de abuso de poder.

La primera figura penal en mención castiga al funcionario o servidor público que, teniendo **fondos expeditos**, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, apreciándose así los tres elementos del comportamiento típico de demora: (i) la existencia de fondos listos para el pago (presupuesto típico, y punto de partida de la imputación penal), (ii) retardo injustificado imputable al sujeto público (específica omisión ilegal del agente) y (iii) que el pago sea ordinario, esto es, la regular y acostumbrada o periódicamente establecida remuneración, sueldo o pago en general; o que en su defecto haya sido ordenado por la autoridad competente, cuando la obligatoriedad del pago haya sido objeto de decisión administrativa o judicial (naturaleza vinculante del pago).

La **demora injustificada del pago** es lo que le da perfil propio a esta modalidad de peculado, y por ello se entiende la omisión caprichosa en la que incurre el autor del delito, al no asistirle razón técnica ni humana para explicar su conducta de retardo. No se trata de que el agente no efectúe el pago sino que lo difiera, lo posponga o alargue sin causa que justifique tal actitud (por ejemplo, la no suficiente provisión de fondos, la orden

de pago imprecisa decretada por la autoridad competente, etc.).

El autor en este delito no puede ser, como resulta obvio, cualquier funcionario, sino solo aquel vinculado con la obligación de pago, pudiendo tratarse de un solo autor o de varios sujetos públicos de quienes depende la decisión de pago.

En el caso del **delito de rehusamiento**, el tipo penal regula la conducta del funcionario o servidor público que, pese a ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos en su custodia o administración. El rehusamiento, a diferencia del retardo, es un comportamiento donde el agente coloca un plus mayor de desobediencia a los mandatos jurídicos recaídos en los deberes del cargo que le obligan a cumplir.

Al igual que en el retardo del artículo 290º, el tipo penal **no exige** que el funcionario o servidor público obtenga **algún provecho patrimonial**. Asimismo, si la imposibilidad de cumplimiento derivara de un comportamiento de apropiación de los bienes, estaríamos propiamente ante un delito de peculado. A diferencia de lo que sucede con la figura penal de retardo, el tipo penal de rehusamiento requiere de la existencia de **requerimiento que intima** al sujeto infractor a la entrega del bien, requisito colocado por la existencia previa de relaciones de posesión con los bienes mediante formas jurídicas de depósito, custodia o administración con las que ha entrado el sujeto público en vinculación jurídica con el dinero, cosas o efectos.

En ambos delitos la penalidad, pese al mayor disvalor del injusto penal del rehusamiento, no es mayor a los dos años de privación de la libertad.

La jurisprudencia vinculante en materia del delito de rehusamiento a la entrega de bienes ha efectuado la siguiente precisión:

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Sexto. Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente [...]. Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *animus rem sibi habendi*, sino una **voluntad específica de desobedecer a la autoridad**, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado.

» Ejecutoria Suprema del 13 de enero del 2005, R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, considerando sexto. Precedente vinculante.

Asimismo, esta ejecutoria suprema efectúa precisiones de diferenciación, a las que le otorgó la calidad de precedente vinculante, entre los delitos de rehusamiento a la entrega de bienes y el delito de peculado por extensión, con base a que en el primer delito el sujeto activo —un particular— no se apropió o utilizó como propios los bienes recibidos en calidad de depositaria judicial (que sí sucede en el peculado extensivo), sino que de modo renuente no acató la resolución judicial de requerimiento que le señalaba que dentro del tercer día de notificada cumpliera con poner a disposición del juzgado los bienes dados en custodia.

7. Bibliografía

- CHANJAN DOCUMET, Rafael, “El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”, en MONTTOYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- DE LA MATA, Norberto J. y Xabier ETXEBERRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, J. M. Bosch, Barcelona, 1995.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, *Delitos contra la administración pública*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995.
- PEÑA SUASNABAR, Jony Antonio, “La infracción de deber objetivo de cuidado en el delito de peculado (Comentarios a la Sentencia N.º 005-2014 del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Lima)”, en *Actualidad Penal*, vol. 1, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- ROCA AGAPITO, Luis, *El delito de malversación de fondos*, J. M. Bosch, Barcelona, 1999.
- VARGAS SUELDO, Jorge Armando, “Los vehículos motorizados de servicio personal como causal de atipicidad del delito de peculado de uso (Comentario al Recurso de Nulidad N.º 564-2012 Puno)”, en *Actualidad Penal*, vol. 8, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

CAPÍTULO SIETE

CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS

(Los delitos de cohecho:
artículos 393° al 398°)

1. Generalidades

1.1. Introducción

La corrupción define una serie de comportamientos socialmente desvalorados tan antigua como la sociedad misma. Desde las exacciones a los pobladores de las provincias romanas sojuzgadas por el Imperio, que permitiera que los gobernantes adquirieran más poder y por lo mismo mayor capacidad de negociación en la Roma imperial para la compra de las dignaturas, pasando por la venta de indulgencias en la Europa medieval (que pretendiera asegurar un espacio en el reino de Dios), hasta llegar a las sistemáticas prácticas corruptas institucionalizadas de fines del siglo xx, la corrupción se ha convertido en el medio al que más acuden funcionarios y servidores públicos inescrupulosos, también los particulares, para obtener recursos económicos, poder, beneficios o ventajas diversas, generándose a partir de ello una contracultura que cínicamente postula el acceso a posiciones dominantes y de poder, violando las reglas del juego y los consensos sociales, a efectos de satisfacer expectativas de lucro, poder o influencia. Contracultura de la corrupción que generada en los centros de poder político se extiende y afecta a los sectores de la sociedad civil, la misma que adopta en determinados casos frente a ella una posición de crítica débil o cierta complacencia que se condensa en la frase “roban pero hacen obra”.

La palabra “**corrupción**” es omnicomprendensiva de una serie de comportamientos desviados que tienden a satisfacer o satisfacen expectativas de lucro u obtención de beneficios por medios indebidos, mediante la realización o el intento de realización de prestaciones.

La inescrupulosidad con la que actúa el sujeto se constituye aquí en el elemento común denominador presente en todas sus manifestaciones.

Los **escenarios** en los cuales **se presenta la corrupción** son muy diversos y abarcan una amplia gama de actividades, procesos, instituciones y niveles sociales. Se aplica en pequeña escala y extensión focalizada o afectando todo el sistema de convivencia social de un país o de un bloque de países. Corrupción en materia política, judicial, educativa, religiosa, familiar, contractual, en la relación de pareja, en el ámbito público, en el sector privado, en fin, en toda relación humana que comprometa a dos o más personas y en la que tenga que decidirse un asunto, por más insignificante o gravitante que este sea y donde la motivación de la resolución del conflicto supone el intercambio de prestaciones indebidas o de su tentativa.

Tal característica de vastedad inmensurable que admite la temática de la corrupción obliga a **delimitar el contenido** y los alcances de la misma a efectos de efectuar el juicio de desvaloración jurídico-penal. El derecho punitivo, apartando del tema de la relevancia penal la corrupción de contenido y efectos estrictamente privados, la de pareja o familiar, la contractual, religiosa y otras expresiones sociales que se reconducen por sus propias vías de solución, ofrece un campo bastante reducido de regulación normativa de dichas conductas al referirlas casi en exclusividad a la cometida por los funcionarios y servidores públicos, y a la de

los particulares vinculados en relación sinalagmático con dichos sujetos públicos.

La corrupción pública es la que ha merecido la mayor de las atenciones por parte de la criminología contemporánea y el derecho penal especial de función, sobre todo por el gran **despliegue informativo de los medios de comunicación** que han acercado al poblador común las múltiples formas de corrupción cometidas en las altas esferas del gobierno y los entes públicos. Conocimiento que antaño circulaba y permanecía en la esfera de dominio privilegiado de pocas personas. Pero, también ha llamado la atención y comprometido esfuerzos comunes de los organismos internacionales que han realizado numerosos eventos (congresos, conferencias, seminarios internacionales) en los que se ha debatido ampliamente dicha problemática, efectuándose diagnósticos regionales y mundiales y planteándose propuestas y líneas de acción para la lucha abierta contra la corrupción.

Destacan en esta orientación la Conferencia Interamericana de Lucha contra la Corrupción, celebrada en Caracas en marzo de 1996, y la “**Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**”, que luego de dos años de reuniones de sus equipos de expertos conformados por delegados de numerosos países aprobó en la ciudad de México (diciembre del 2003) su texto definitivo. El Preámbulo de esta Convención establece lo siguiente:

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (PREÁMBULO)

“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”. (subrayado agregado).

El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido 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** (Cfr. Exp. N.º 1271-2008-HC/TC; Exp. N.º 019-2005-AI/TC), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado.

Se suele **clasificar** la corrupción, atendiendo a sus diversas manifestaciones en:

- a) **Pública o privada.** La segunda hace referencia a las diversas prácticas socialmente desvaloradas de obtención de lucro o ventajas en las interacciones particulares. Los códigos penales latinoamericanos en muy raras ocasiones regulan los actos de corrupción privada, a efectos de sancionar estas prácticas, bajo el rubro “delitos de corrupción”, estando más bien repartidas en el ámbito de protección de diversos bienes jurídicos, como por ejemplo en los delitos contra la voluntad popular, contra el orden económico y en algunas modalidades de delitos patrimoniales (fraude en la administración de personas jurídicas).
- b) **Tradicional o institucionalizada.** La primera hace mención a las distintas expresiones de corrupción recogidas en los códigos penales desde el siglo XIX, mientras que la segunda alude a las sofisticadas, complejas y globalizadas manifestaciones de corrupción

que se genera, controla y decide desde los centros del poder político y económico, utilizándose a las instituciones del Estado y las reparticiones públicas a efectos de facilitar el contenido patrimonial ilícito de dicha delincuencia.

- c) **Poco significativa económicamente y de alta incidencia patrimonial.** Partiendo de la idea de consenso que cualquier manifestación de corrupción es igual de nociva para los valores de la función pública, la imagen de la administración pública y el desarrollo de la sociedad, no se puede perder de vista por ello que desde perspectivas económicas y de lesión a intereses globales de la administración pública, la corrupción que se desarrolla en sectores claves de la economía adquiere perfiles propios de alarma para el futuro de la Nación y de las sociedades (corrupción en las negociaciones de la deuda pública, en la colocación internacional de las divisas, en la venta de empresas estatales, sobornos transnacionales, adquisiciones de material bélico, etc.).

Se ha ensayado también una clasificación con base a delimitadores conceptuales, que nos habla de **corrupción negra, gris y blanca**, de acuerdo al grado de extensión, sistematicidad y ubicación.

- a) Será **negra** aquella de las élites políticas, económicas y militares que se define por ser sistemática, institucional y de alta incidencia económica.
- b) **Gris** es aquella endémica de las corruptelas que asolan la función pública sin ser sistemática.

- c) **Blanca** las corruptelas de baja intensidad, que incluso llegan a ser soportables para el sistema, caracterizadas por su eventualidad, focalización individualización y falta de cohesión. Estas dos últimas son las que han constituido la tradicional fuente de clientelaje del sistema penal.

Otras clasificaciones son: endémica-ocasional, económica-moral, de élites-de masas, del dinero-de las costumbres, política-económica, justificada, injustificable socialmente, etc.

1.2. Corrupción, cohecho y soborno

El vocablo “**corrupción**”, si bien es bastante expresivo de la realidad que se quiere describir, sin embargo, dada su pluralidad de significados y gran capacidad de abarcamiento, no es técnicamente el más idóneo para describir y encerrar en lo específico la serie de conductas desvaloradas jurídicamente que se recogen en el Código Penal e imputables a los funcionarios y servidores públicos.

La **corrupción** puede abarcar todas las dimensiones del quehacer humano: el tráfico comercial, las relaciones de pareja, ámbito intelectual, religioso, relaciones laborales, familiares, ámbito científico, los campos jurisdiccional y forense, gestión pública, 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 como condición funcional de sus actos. El término **soborno**, en cambio, alude a una acción también concreta de contenido ilícito imputada a

terceros, consistente en quebrar la resistencia del sujeto público o de un particular equiparado, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener prestaciones de contenido antijurídico, indebido o tendencioso. 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.)

Por todas estas razones, es más adecuado hacer uso del vocablo “**cohecho**”, que etimológica y semánticamente es el que mejor condensa nuestra materia.

1.3. Definición de cohecho

El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede **definirse** como el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones.

Una definición como la presente tiene la ventaja de no generar mayores inconvenientes, ya que es genérica, no atiende a una modalidad específica de corrupción y toma en cuenta el criterio de lesión a la administración pública, no necesariamente en sentido patrimonial.

1.4. El bien jurídico protegido

El objeto de la tutela penal implícito en las normas penales que regulan los tipos de cohecho pasivo y activo es, en sentido general, **garantizar el correcto funcionamiento** y el prestigio

de la administración pública, y más específicamente —para varias modalidades de corrupción— **asegurar el principio de imparcialidad** que debe guiar la conducta funcional de los sujetos públicos.

La imparcialidad en el ejercicio funcional significa que la toma de decisiones y, en general, los actos funcionales de los funcionarios y servidores públicos debe hallarse al margen de condicionamientos externos o internos o presiones ilegales, fundamentalmente patrimoniales, que los desnaturalicen.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[El] delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, 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, de la promesa 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, Segunda Sala Penal Transitoria, R. N. N.º 1406-2007-Callao, considerando quinto.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL LIQUIDADORA

El interés a cuya protección se ha tipificado el delito *in comento*, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad.

» Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011.

1.5. Los medios de corrupción

La legislación penal peruana y, junto a ella, la mayoría de legislaciones penales occidentales han circunscrito los elementos típicos concretadores del cohecho en el donativo, la ventaja o promesa de donativo o ventaja, y el beneficio, constituyéndose así en instrumentos de las diversas modalidades de cohecho que deberán concurrir como facilitadores de la conducta típica del agente.

Las peculiares características de gran generalidad que registran estos conceptos posibilita aprehender a través de los mismos una vasta gama de facilitadores específicos sin que se salgan de su espectro de significación.

a. *El donativo*

El donativo es el medio corruptor por excelencia y el más empleado. Reúne las siguientes características:

- a) Materialidad.
- b) Traducibilidad pecuniaria.
- c) Transferibilidad.
- d) Orientación finalista.
- e) Idoneidad: suficiencia motivadora.

La orientación **finalista** como característica del donativo se refiere a que debe estar dirigido a **obtener contraprestaciones ilícitas** por parte del funcionario o servidor público, o lícitas —en el caso del cohecho pasivo impropio— pero bajo su efecto motivador.

La **suficiencia motivadora** del donativo hace alusión a su poder objetivo para mover o canalizar la voluntad del funcionario o servidor hacia una conducta o resultado pretendidos. Esta característica permite establecer parámetros de interpretación y hacer diferencias entre los obsequios nimios o insignificantes, que se supone carecen de suficiencia motivadora, de los donativos significativos en la lógica del medio corruptor. Así, la entrega de caramelos, flores, lapiceros de escaso valor o actos de cortesía, aprovechando ocasiones de celebración personales por parte del sujeto público o favores convencionales, que no sobrepasen criterios de estimación socialmente aceptables, se salen del espectro de significación de esta característica de relevancia penal.

b. *La promesa*

La promesa, en cambio, se define como todo **ofrecimiento de entrega futura** de donativo o de realización de ventajas que

incrementarán el patrimonio o favorecerán al funcionario o servidor público.

Son características de la promesa su seriedad (determinadas y concretas) y posibilidad de concreción. La promesa dirigida al funcionario o servidor público puede ser formulada directamente o por intermedio de terceras personas. El contenido de la promesa debe estar circunscrito a los donativos (bienes muebles, inmuebles, dinero) o ventajas. El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene tal condición, siendo indiferente que se efectivice cuando esté —el sujeto público— en ejercicio efectivo de funciones o se halla gozando de licencia, permiso o vacaciones. Su materialización puede lograrse en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el agente público ha perdido ya su condición funcional.

Debe existir vinculación de conocimiento en la promesa hecha al funcionario o servidor público, por lo mismo no se requiere que la promesa se concrete a efectos de determinar su grado de relevancia para la tipificación de la conducta.

c. *La ventaja*

La ventaja comprende a **todo mecanismo corruptor que no pueda ser** considerado **donativo**, vale decir, que no reúna las características objetivas que definen tal medio corruptor (empleos, promociones laborales, servicios, descuentos inusuales, ascensos, información privilegiada, accesos a áreas reservadas de trabajo, etc.). Posee una nota de subsidiaridad frente al donativo.

El código utiliza las frases “cualquier otra ventaja” o “ventajas de cualquier clase”, con las que connota la misma idea de apertura del contenido de la misma, **no** circunscribiéndola **necesariamente** a **beneficios patrimoniales**.

La ventaja supone privilegio indebido, no merecido, por parte del sujeto público, que mueve su voluntad y lo determina o puede determinar en una dirección determinada a través de sus decisiones o resoluciones.

d. *El beneficio*

El beneficio es el mecanismo corruptor que ha sido incorporado por Ley N.º 28355 (del 6 de octubre del 2004), en la redacción modificada de todas las figuras penales de cohecho reguladas en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII (Delitos contra la administración pública) del Código Penal, queriéndose cerrar con él el ámbito de protección del bien jurídico. Se entiende que lo que no pueda ser considerado como donativo o ventajas, por criterio de subsidiariedad, será un beneficio. El tipo penal de cohecho pasivo impropio agrega el calificativo de “indebido” al beneficio.

1.6. Clasificación de los delitos de cohecho

Los artículos 393º al 401º del Código Penal vigente (reformados por la Ley N.º 28355 del 6 de octubre del 2004, por la Ley N.º 29703 del 10 de junio del 2011 y por la Ley N.º 29316 del 14 de enero del 2009), presentan la siguiente gama de tipos penales de cohecho:

- a) Cohecho pasivo propio (artículo 393º). Tipo penal que admite tres modalidades.
 - 1. Cohecho mediante aceptación o recepción.
 - 2. Cohecho mediante solicitud.
 - 3. Cohecho mediante condicionamiento.

- b) Soborno internacional pasivo (artículo 393º-A).
- c) Cohecho pasivo impropio (artículo 394º). Tipo penal que se subdivide en cohecho por aceptación-recepción y cohecho por solicitud.
- d) Cohecho pasivo específico (artículos 395º y 396º).
- e) Cohecho activo genérico (artículo 397º) Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.
- f) Cohecho activo transnacional (artículo 397º-A) Tipo penal que admite las modalidades de propio e impropio.
- g) Cohecho activo específico (artículo 398º).

El Código Penal ha incorporado también en la Sección IV “Corrupción de funcionarios”, además de los clásicos delitos de cohecho, tres figuras de corrupción: interés ilícito en contrataciones y operaciones (artículo 399º), enriquecimiento ilícito (artículo 401º) y tráfico de influencias (artículo 400º), que si bien no tienen en su estructura típica las conductas “solicitar” o “aceptar” propias de los tipos de cohecho, sí poseen —los dos últimos— identidad con estos en cuanto a los mecanismos de corrupción que entran en juego para integrar la tipicidad del delito: donativos (enriquecimiento ilícito), donativo, promesa o cualquier otra ventaja (tráfico de influencias).

El tipo penal de *interés ilícito en negociaciones* se halla **incorrectamente ubicado** en el *nomen iuris* “Delitos de corrupción

de funcionarios”. Tratándose de una modalidad de negociaciones incompatibles para el funcionario o servidor público, junto al delito de colusión defraudatoria, deberían ser reunidos en un rubro jurídico propio al interior de los delitos cometidos por funcionarios públicos.

1.7. Modificaciones incorporadas por Ley N.º 28353 a las figuras penales de la Sección IV corrupción de funcionarios

Al promulgarse y publicarse en el diario oficial *El Peruano* la Ley N.º 28355, el 6 de octubre del 2004, se produjo una sistemática y amplia reforma a toda la regulación normativa de los delitos de corrupción de funcionarios, que abarca niveles de **mayor injusto penal** en cada uno de los tipos penales de cohecho (pasivo propio, pasivo impropio, pasivo específico, activo genérico y específico), así como **agravantes** por la calidad del agente en el delito de tráfico de influencias y por razón de jerarquía funcional en el enriquecimiento ilícito, como también escalas más rigurosas de pena.

La reforma también ha supuesto la **derogación** de los cuestionados artículos 398º-A y 399º-A del Código Penal, que regulaban el cohecho activo de abogado y establecían un cuestionable régimen de inhabilitaciones absolutas.

2. El delito de cohecho pasivo propio

ARTÍCULO 393º. 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.

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 conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004)

2.1. Características generales

El cohecho pasivo propio es uno de los delitos especiales de mayor incidencia imputable a funcionarios y servidores públicos, el mismo que se halla vinculado estrictamente al mal uso de las facultades o atribuciones de las que gozan dichos sujetos

públicos que supeditan su ejercicio funcional o de servicio a la existencia de intereses patrimoniales ilícitos.

El legislador ha utilizado una técnica compleja de redacción al comprender en las dos primeras submodalidades conductas comisivas y omisivas, antecedentes y subsecuentes.

2.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **agente con exclusividad el funcionario** o servidor público que posea competencia genérica en razón del cargo o función y que se halle ejerciendo efectivamente. No obstante, esta última precisión se ve flexibilizada para incluir también a los funcionarios o servidores que **aún no ejercen pero han sido ya electos** o nombrados, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo primero de la Convención Interamericana contra la Corrupción de Caracas 1996.

El *extraneus* —incluso otro sujeto público— que entrega el donativo, concede ventaja o promete donativos o ventajas **no podrá cometer delito a título de autor** de cohecho pasivo propio.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL LIQUIDADORA

El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores).

» Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011.

El sujeto pasivo siempre estará representado por el Estado, a través de la administración pública que es la institución que se ve afectada con el comportamiento de uno de sus miembros.

El tipo penal emplea en párrafos separados los verbos *acepta*, *recibe* y *solicita*.

- a) ***Aceptar*** es la conformidad o complacencia verbal frente a la propuesta de donativo o ventaja, o a la promesa de donativo o ventaja.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

[El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema:] **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393º del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término “*aceptar*”, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario.

» *Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22, f. j. 7, que constituye precedente vinculante a la R. N. N.º 1091-2004-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria, de 22 de marzo del 2005, considerando cuarto.*

- b) **Recibir** es la recepción física del donativo o concreción de la ventaja. En ambos casos se tratará de un cohecho de convergencia entre sujetos o agentes de delito que serán calificados normativamente con base a tipos penales distintos: por **cohecho pasivo** mediante aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y **cohecho activo** el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la primera gran modalidad de cohecho pasivo propio en la que la acción imputable al sujeto público (resultado de complacencia y resultado de recepción de donativo o concreción de ventaja) es la respuesta a una acción previa de competencia de terceras personas.
- c) Por **solicitar** se entiende el pedido hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro, donativos o ventajas, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial.

Solicitar es un verbo rector que configura así la segunda gran modalidad de cohecho pasivo: el **cohecho pasivo propio mediante solicitud**. Es una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal está radicado en la conducta del sujeto público que requiere determinadas prestaciones patrimoniales del sujeto indeterminado. Se trata así de un ilícito penal de simple actividad que no necesita que se efectivice el mecanismo corruptor para consumar el delito, es decir, que no es dependiente de que el tercero a quien se dirige el requerimiento convenga o no en entre-

gar o prometer. Esta peculiaridad de nuestra fórmula legal permite sostener que **no siempre el cohecho pasivo es un delito de concurrencia obligada**, sino que puede perfeccionarse con la sola manifestación de voluntad del sujeto activo.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que el delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de Cohecho Pasivo Propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del código Penal, referida a “aceptar” o “recibir” donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (*extraneus*); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto *intraneus* (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; b) la prevista en el segundo párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector “solicitar”, el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal “condicionar”, supuesto

este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución.

» Ejecutoria suprema de 11 de marzo del 2011, R. N. N.º 2667-2010-Arequipa, Primera Sala Penal Transitoria, considerando quinto.

En ambas modalidades de cohecho, los actos que el funcionario o servidor desarrollará (cohecho pasivo propio antecedente) o ha desarrollado (cohecho pasivo propio subsecuente) como consecuencia del mecanismo corruptor deberán implicar **violación a sus obligaciones**, esto es, las derivadas o vinculadas al cargo o empleo público. La violación de obligaciones se constituye así en el marco normativo que diferencia este delito del cohecho pasivo impropio regulado en el artículo 394º del Código Penal.

El tipo penal también contempla una **variedad agravada** de cohecho pasivo cuando el sujeto público hace depender sus actos funcionales o la prestación del servicio público de la existencia de donativo, ventaja o promesa de dichas contraprestaciones. Como resulta obvio comprender, la calidad del injusto penal presenta en esta tercera modalidad un enfático mayor disvalor.

El sujeto especial (**funcionario** o servidor público) **viola sus obligaciones** cuando sus actos que seguirán o han seguido a la solicitud o aceptación-recepción del mecanismo corruptor

suponen un quebrantamiento de imperativos de naturaleza constitucional (altos funcionarios), de marcos legales pautados inherentes a la función o servicio (leyes orgánicas, leyes) o de pautas de comportamiento funcional establecidos en dispositivos oficiales diversos (reglamentos, resoluciones administrativas, etc.). Este marco comprensivo de obligaciones permite diferenciar el delito de cohecho de la infracción de deberes u obligaciones morales o éticas y de las inconductas funcionales, que corresponden al ámbito del derecho administrativo sancionador o disciplinario.

Viola sus obligaciones el sujeto público que **condiciona patrimonialmente** sus actos (cohecho mediante solicitud) para emitir sentencia prevaricadora, para otorgar indebidamente una licencia de construcción de local industrial, para no ordenar un mandato de detención siendo ello procedente, o en el caso del policía que requiere donativo para no colocar una papeleta al conductor de vehículo motorizado que infringió la señal de luz roja; o el funcionario que acepta soborno para favorecer ilegalmente en una licitación, el alto funcionario que recibe dinero para vender o por la compra de sus votos en el Congreso.

El delito de cohecho pasivo propio en sus tres modalidades es de naturaleza genérica, es decir, **puede ser cometido por cualquier funcionario** o servidor público que tenga competencia para practicar actos funcionales o de servicio, a diferencia del cohecho pasivo propio específico (artículo 395º del Código Penal), en el cual el sujeto activo del delito está expresamente designado por la norma penal: magistrado, arbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo y otros.

EJEMPLO

Así, cometerá cohecho pasivo específico y no cohecho pasivo genérico, el miembro de tribunal administrativo que solicita donativo o acepta promesa (por ejemplo, de ofrecimiento de un cargo altamente remunerado en la administración pública) a cambio de resolver un asunto administrativo perjudicando a terceros.

El **cohecho pasivo** puede ser cometido tanto en su **forma comisiva** (mediante actos de realización actual o futura) u **omissiva** (a través de la no realización de actos funcionales, o la realización de actos distintos a los que se halla obligado el sujeto público).

El tipo penal 393º contiene en su contexto de complejidad de **modalidades** tanto al cohecho pasivo propio antecedente como al cohecho pasivo propio **subsecuente** o **consecuente**. En el primer caso, el mecanismo corruptor es previo a los actos de contraprestación del sujeto público. En el segundo caso, el mecanismo corruptor se concreta luego de que dicho sujeto ha violado sus obligaciones.

El delito es **necesariamente doloso** en todas las modalidades de cohecho pasivo propio. En el cohecho por aceptación-recepción el dolo ofrece características de **convergencia** al abarcar la voluntad y conocimiento de ambos agentes del ilícito, tanto del sujeto público que acepta como del sujeto indeterminado que ofrece o entrega. En cambio, en el cohecho mediante solicitud y condicionamiento, el dolo radicará en exclusividad en el funcionario o servidor público, en caso de que el destinatario de dicha acción no acepte tal ilícito negocio de la función pública.

2.3. Consumación y tentativa

La consumación dependerá de la modalidad de cohecho pasivo propio que se halle en juego.

En el **cohecho mediante solicitud**, la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad, no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la entrega del bien o la concreción de la ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa. En cambio en el **cohecho por recepción**, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la recepción del bien o la materialización de la ventaja; en el caso de aceptación de promesa, se consumará el delito con la complacencia verbal y hasta gestual del funcionario o servidor.

En el **cohecho antecedente**, el delito estará consumado con la solicitud efectuada o con la entrega del donativo, ventaja o el ofrecimiento de donativo o ventaja, no interesando si el funcionario o servidor cumplió o no con su contraprestación. No obstante, en uno de los extremos de este caso, está abierto al debate la posibilidad de una singular modalidad de estafa y no de delito especial propio. En el **cohecho subsecuente** a diferencia del cohecho antecedente, el delito solo se reputará consumado cuando se haya efectivizado la entrega del donativo.

JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA

Que, el delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación

hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto indebido.

» Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, R. N. N.º 14-2001-Lima, considerando tercero (*Anales Judiciales*, Año Judicial 2003, T. XCII, pp. 31-32).

La posibilidad de **tentativa** resulta admisible para el caso en que el delito admita graduación o espaciamiento de actos ejecutivos, por ejemplo, en el cohecho por recepción material de donativos o ventajas. En las otras submodalidades es muy discutible.

2.4. Penalidad

Los niveles de penalidad son diferentes, dependiendo de la modalidad de cohecho pasivo:

- *Cohecho pasivo propio mediante aceptación o recibimiento*: pena privativa de libertad de 5 a 8 años, más inhabilitación, conforme al artículo 36º, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- *Cobhecho pasivo propio mediante solicitud*: pena privativa de la libertad de 6 a 8 años, más inhabilitación, conforme al artículo 36º, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- *Cobhecho pasivo propio mediante condicionamiento*: pena privativa de libertad de 8 a 10 años, conforme al artículo 36º, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

En todas las modalidades le será aplicable además al condenado inhabilitar conforme a lo dispuesto por el artículo 426º del Código Penal.

3. El delito de soborno internacional pasivo

ARTÍCULO 393º-A. El funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público que acepta, recibe o solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido incorporado por el artículo 2 de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011)

La corrupción privada, la desarrollada en las relaciones entre personas naturales o jurídicas no relacionadas con la cosa pública, por lo general no alcanza los matices de alarma que provoca la observable en las esferas de la administración pública. La corrupción privada elemental o se soluciona en el ámbito civil o se traduce en delitos comunes, o por lo general permanece impune como un antivalor tolerable. 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 de sociedades liberales, ha tornado insostenible las antiguas divisiones entre lo privado y lo público, las globalizaciones en todo orden han interdependizado en gran medida la toma de decisiones y por lo mismo han creado un ambiente de mutuas responsabilidades para el sujeto público y los particulares.

La irrupción de las grandes **corporaciones económicas de naturaleza transnacional** (industriales, financieras, bancarias, militares y de servicio) 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 soborno transnacional.

El **soborno transnacional** podemos entenderlo como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dádivas, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura.

Las características de este soborno se diferencia del 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.

Este delito **se configura** cuando el agente acepte (funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público), reciba o solicite, directa o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

La penalidad para este tipo de delitos es una de pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años y con 365 a 730 treinta días-multa.

4. El delito de cohecho pasivo impropio

ARTÍCULO 394º. El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su

cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004)

4.1. Características generales

Es un delito típico de las corruptelas de baja intensidad extensamente localizadas en la administración pública y cuyas redes, por lo general, perviven a cuanta campaña anticorrupción se haya realizado en el Perú.

El cohecho pasivo impropio es una **forma atenuada** de cohecho tanto por la penalidad más baja que le tiene reservada la norma penal como por la intensidad del injusto material en él contenida. En efecto, la **pena** en las dos modalidades de cohe-

cho pasivo impropio **resulta inferior** que las establecidas para el cohecho pasivo propio.

Por otro lado, no se trata aquí que el funcionario viole sus obligaciones, incumpla con los deberes reglados que la norma le impone, sino que precisamente los cumpla bajo un contexto de incentivos patrimoniales.

La redacción legal del cohecho pasivo impropio, a diferencia del cohecho pasivo propio **solo contempla la forma comisiva y antecedente**.

Lo primero se entiende por cuanto una omisión en el cumplimiento de sus deberes sin faltar a sus obligaciones es absolutamente contradictorio; en tal caso, de mediar mecanismo corruptor, siempre se tratará de un cohecho pasivo propio. En cuanto a lo segundo, el hecho será **irrelevante penalmente**, pues si el agente recibe donativo o ventaja después de haber cumplido actos en los que no infringió sus obligaciones, no se explicaría la injerencia penal.

Resulta debatible que el bien jurídico específico protegido sea aquí el principio de imparcialidad, dado que **no existe decisión funcional** que vulnere el sistema de reglas impuestas al sujeto público para el desempeño de sus funciones o servicios. Rige más bien el bien jurídico genérico del correcto funcionamiento de la administración pública.

4.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Las características de tipicidad objetiva, en cuanto a los sujetos del delito, los mecanismos corruptores y los verbos rectores son idénticos a las dos primeras modalidades del cohecho pasivo propio. Lo diferente, además de lo ya precisado en las

consideraciones generales, está dado por el hecho de que el sujeto público funcionario o servidor, al solicitar o aceptar el medio corruptor, **vincula su comportamiento a la realización presente o futura de actos** que le son inherentes a las facultades del cargo o empleo, sin que ello suponga violación o quebrantamiento de sus obligaciones. En otras palabras, el sujeto público **actúa de conformidad a derecho pero bajo el influjo del mecanismo corruptor** por él aceptado o recibido (cohecho pasivo impropio mediante aceptación) o por él solicitado (cohecho pasivo impropio mediante solicitud). Cabe en este punto tomar en cuenta todo lo dicho para dichas modalidades en el cohecho pasivo propio.

Resulta **innecesaria** la inclusión en el tipo penal del adjetivo calificativo “**indebida**” (cualquier otra ventaja **indebida**), pues además de marcar ella una pauta de interpretación que puede llevar a confusión en el intérprete, por cuanto tendrá que efectuar una tarea de investigación de cuáles son las ventajas debidas que puede solicitar o aceptar el sujeto público para cumplir con sus obligaciones (asunto por lo demás muy discutible), dicha acotación tiene el inconveniente que rompe el esquema con el que el legislador peruano ha construido las otras formas de cohecho.

Lo que **se castiga** con este tipo penal de cohecho es la **perversión del sistema** de actuación funcional y de servicio público, el adocenamiento vulgar que consiste en aceptar-recibir o requerir incentivos patrimoniales para cumplir con las obligaciones del cargo o empleo, lo cual resulta inaceptable en un sistema que privilegia la carrera pública otorgándole estatus y privilegios, además de sueldos decorosos.

El tipo penal de cohecho pasivo impropio no es por lo común el centro de atención de las campañas anticorrupción, que por lo general apuntan a un cierto tipo significativo de corrupción, que ha hecho escándalo y que merece castigarse en las figuras más prominentes de sus exponentes. Los **presentes, regalos, homenajes**, mención en los diarios y revistas —utilizados con finalidad motivadora— son por lo general las **expresiones más utilizadas** en esta suerte de corrupción de baja intensidad pero de extendida aplicación. Es también el cohecho de mayor incidencia, sobre todo la modalidad mediante aceptación-recepción, en los estratos populares provincianos y andinos, en donde una forma de estar bien con los funcionarios o servidores es la entrega por parte de los particulares de pequeños regalos o presentes para que se acelere el caso o se tenga presente al momento de resolver con mayor cuidado o diligencia.

El delito requiere de **dolo** en el comportamiento del sujeto activo, que por lo demás permitirá diferenciarlo también de la conducta de un ilícito administrativo, en el que no existe finalidad de actuación bajo dichos incentivos, pero se aceptan donativos o ventajas provenientes de terceros.

En cuanto a la consumación del delito, resulta aplicable lo dicho para con las modalidades del cohecho pasivo propio.

4.3. Penalidad

- *Cuhecho pasivo impropio mediante aceptación-recepción*: pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

- *Cobhecho pasivo impropio mediante solicitud*: pena privativa de la libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

La pena, al ser conjunta, incluye además la inhabilitación conforme a lo previsto en el artículo 426º del Código Penal.

5. El delito de cohecho pasivo específico

ARTÍCULO 395º. 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 36º 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

lo 36° del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 26643, publicada el 26.06.1996; por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 05.01.1996; y por el artículo 1º del Decreto Ley N.º 25489, publicada el 10.05.1992)

5.1. La figura penal

Estamos frente a un tipo penal de **cohecho pasivo propio de carácter específico**, de rancio abolengo decimonónico, anacrónico y casuístico. El código de 1924, en su redacción original, lo contempló 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. La redacción actual del artículo 395º es el resultado de la reforma introducida por la Ley N.º 26643, de 26 de junio de 1996, y por la Ley N.º 28355, de 6 de octubre de 2004.

5.2. Alta penalización y magistratura

La corrupción del juez 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. Se considera, pese a no estar ello normativizado, que un juez es un personaje excelso, siempre por encima de las pequeñeces mundanas, que reúne las mejores y óptimas calidades profesionales, de probidad, inteligencia y sensibilidad social. 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.

De allí la **elevada pena privativa de libertad** que establece el Código penal peruano para este delito, la misma que va de un mínimo de 6-8 a un máximo de 15 años.

5.3. Bien jurídico específico tutelado

Preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo.

5.4. Sujeto activo

Con rango de exclusividad solo el magistrado, árbitro, fiscal, perito, miembro de tribunal administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores.

a. *El magistrado*

La redacción original del artículo 395° aludía sólo al *Juez*. La Ley N.º 26643 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, etc.). En ***sentido estricto***, 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 militar policial. La norma penal

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

Los **árbitros** son designados o nombrados oficialmente. No ingresan aquí los árbitros de consenso, es decir, los designados por las partes.

b. *El fiscal*

El fiscal es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público, 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 término *fiscal* es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar policial).

c. *El perito*

El perito es también aquel designado o nombrado oficialmente. Los autores de delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos particulares equiparados.

d. *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 la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales ad-

ministrativos del Indecopi, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Tribunal Fiscal, etc. Cabe señalar que la norma penal emplea el término “miembro” para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

e. Cualquier otro análogo a los anteriores

Veamos ahora a qué se refiere la norma cuando menciona “**a cualquier otro análogo a los anteriores**”. La apertura de la norma está hecha para incluir a otros, tales como los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura. Están asimilados en este nivel aquellos que administran justicia en virtud al artículo 149º de la Constitución, es decir, las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

5.5. Sujeto pasivo

El Estado.

5.6. Comportamientos típicos

En su **modalidad simple**, los verbos rectores son *accepte* o *reciba*. En este caso se da forma alternativa: aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

En su **modalidad agravada**, el verbo rector es *solicite*. En este caso se da una sola forma: solicitar donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

El **sujeto activo** del delito que acepte, reciba o solicite debe tener **plena consciencia** que la complacencia del que accede al donativo, promesa o cualquier ventaja, beneficio o a la solicitud **está dirigida a influir** (ejercer presión o fuerza moral) o decidir en un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

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 de ser tomado por el autor del delito. Un “**asunto**” alude tanto a decisiones sustantivas (fallo), como a la dación de resoluciones menores, concesión de libertades provisionales, comparecencias, medidas de embargo, apelaciones, inhabilitación, laudos arbitrales, dictámenes periciales, archivamiento de procesos, dictámenes fiscales, decisiones administrativas, resoluciones del Tribunal Constitucional, etc.

Se trata de un **cohecho pasivo antecedente**, donde está implícito el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita, recibe o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la administración pública al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo proceso sometido a decisión. Con base a criterios de coherencia lógica y principio de lesividad, puestos de manifiesto en la alta y gravísima penalidad (15 años en su extremo máximo e inhabilitación especial y degradante), la frase “**hecho 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 395º los comportamientos con base en cohecho impropio.

5.7. Elemento subjetivo

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

5.8. Comportamientos típicos

El tipo penal contiene un elemento subjetivo 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.

5.9. Consumación del delito y tentativa

El delito se consuma con la aceptación, recepción o petición del donativo promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, es decir, los diversos supuestos **combinan comportamientos de simple actividad y de resultado**. No se requiere que se produzca la decisión buscada por el que accede a la solicitud o da el medio corruptor para que se consuma el delito.

Resultan admisibles las formas de tentativa.

5.10. Penalidad

- En su modalidad simple: pena privativa de la libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años e inhabilitación especial (artículo 36º, incisos 1 y 2 del Código Penal) y multa de 180 a 365 días.

- En su modalidad agravada: pena privativa de la libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años e inhabilitación especial (artículo 36º, incisos 1 y 2 del Código Penal) y multa de 365 a 730 días.

6. El delito de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales

Artículo 396º. 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 conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004)

6.1. La figura penal

Estamos frente a una **extensión de tipicidad del artículo 395º** al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. Demás está enfatizar lo imperfecto de la técnica legislativa empleada en el texto en estudio. En efecto, los componentes típicos del artículo 395º 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 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 al auxiliar de justicia y a quien desempeñe cargo similar resulta discutible. La figura penal, entonces, en su nivel de tipicidad, se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, auxiliares y afines.

6.2. Sujetos activo y pasivo

Son sujetos **activos** por extensión normativa, exclusivamente el secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. Se nota así que el ámbito de relevancia está circunscrito a la esfera jurisdiccional en sentido estricto.

Sujeto **pasivo** es la administración pública (administración de justicia).

a. *Secretario judicial*

Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, 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.).

En la práctica jurídica, quien conduce los procesos y orienta el criterio judicial resulta en no pocos casos el secretario. De ahí también que sea una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio.

b. *El relator*

El relator es el funcionario del Poder Judicial, encargado de realizar la relación de los expedientes judiciales ante los tribunales. La relación consiste en dar a conocer el contenido de los expedientes judiciales a los jueces que forman parte de dichos tribunales, atendiendo su carácter colegiado.

c. *El especialista*

Es el funcionario del Poder Judicial que se encarga de proyectar resoluciones, entregar al secretario del juez el expediente judicial expedito para las actuaciones procesales que correspondan. También asiste al Juez en la fijación de los puntos controvertidos o en los que serán materia de pronunciamiento judicial; asimismo en el saneamiento probatorio. Cursa las comunicaciones correspondientes y notificar a las partes para que presenten los medios probatorios ofrecidos, bajo responsabilidad, entre otras funciones.

d. *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. Su naturaleza jurídica laboral es la de servidores o empleados públicos.

e. *Cualquier otro análogo a los anteriores*

Lo similar está en relación a los cargos de secretario judicial y a las labores de auxilio judicial. Se ubican aquí los asistentes

judiciales, los asistentes sociales adscritos a determinados juzgados, etc.

6.3. Comportamiento típico

La concurrencia de funciones de los secretarios judiciales con la de los magistrados jurisdiccionales, la cercanía y contacto directo entre ambos funcionarios hace de dichos sujetos agentes vulnerables y pasibles de incurrir en cohecho pasivo. La conducta o comportamiento reprimible penalmente, en estricta remisión al artículo 395º, es el hecho de que los **secretarios** a sabiendas **soliciten y/o acepten donativos o ventajas** con la finalidad de influir en las decisiones de los asuntos sometidos a su conocimiento. 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 o, de acuerdo a las circunstancias, a título de tráfico de influencia.

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.

6.4. Penalidad

Pena conjunta: privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometen este delito.

Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal.

6.5. Elemento subjetivo

El secretario judicial, relator, especialista o auxiliar jurisdiccional deberán obrar con dolo directo, es decir, a sabiendas de las pretensiones de quien accede a la solicitud o da el donativo.

6.6. Consumación y tentativa

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

7. El delito de corrupción activa

ARTÍCULO 397º. El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

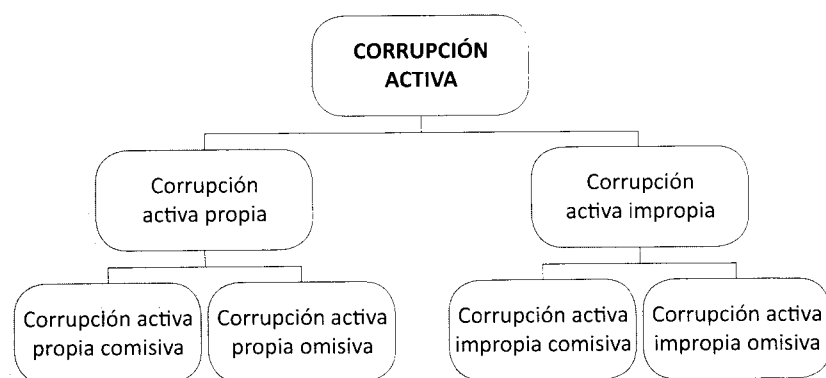
El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004; y por el artículo único de la Ley N.º 27074, publicada el 26.03.1999)

7.1. Características generales

Esta figura penal es la que tradicional e históricamente se ha conocido con el nombre de “**soborno**”, donde el **centro de la atención** de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor sino en la de un **sujeto indeterminado** que trata o soborna a aquellos.

La corrupción activa puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva. El Código Penal ha ubicado ambos delitos de corrupción activa en un solo tipo penal, a diferencia de las variedades de cohecho pasivo que son regulados en tipos penales distintos.



La **corrupción activa**, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se halla caracterizada por la existencia de una específica **relación de complementariedad** entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público que acepta el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura también la existencia del delito de cohecho pasivo. La relación de complementariedad se produce así con una de las modalidades del **cohecho pasivo**, sin embargo, esto no es impedimento para señalar las **diferencias** existentes entre la corrupción activa y el cohecho pasivo, que van desde la **menor penalidad** del primero en el extremo superior de la pena hasta la **diferente fuente de origen** del acto de corrupción activa. En efecto, posee menor complejidad en cuanto solo admite modalidad antecedente, pero en contraparte posee fórmula compleja comisiva y omisiva en la modalidad activa impropia.

El delito de corrupción activa no es un delito especial propio o impropio (delito de infracción de deber), ya que quien lo comete no es necesariamente el funcionario o servidor, sino un **sujeto indeterminado**, razón por lo cual se hace uso de la frase “corrupción activa” y no “cohecho activo”.

El Código Penal peruano contempla además de la modalidad genérica de corrupción activa (artículo 397°), otro con semejantes características pero que recae sobre un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional (artículo 397°-A) y un tipo penal específico de corrupción activa a través del artículo 398°.

7.2. Bien jurídico protegido

Si bien nos hallamos frente a un delito cometido fundamentalmente por **particulares**, como por **sujetos públicos**, se halla

en juego también el principio de imparcialidad y la imagen de la administración pública. Este segundo interés valioso es lo que explica que el objeto de la tutela penal se centre en garantizar el ejercicio regular de la administración pública, el respeto que se debe al desarrollo funcional de dicha administración.

7.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **sujeto activo** cualquier **sujeto indeterminado**: un particular, otro funcionario o servidor público, un representante de persona jurídica.

El caso del funcionario o servidor público que trata de corromper a otro funcionario o servidor no ha sido expresamente previsto por el Código Penal, pero resulta subsumible también en la redacción del artículo 397º CP, que para referirse al sujeto activo emplea el indeterminado “El que”.

El sujeto pasivo es el Estado.

La corrupción activa admite dos grandes modalidades: el **cohecho activo propio** (primer párrafo del artículo 397º) y el **cohecho activo impropio** (segundo párrafo del artículo 397º). En ambos casos los **verbos rectores** que configuran comportamiento típico son *ofrecer*, *dar* o *prometer* al funcionario o servidor uno o varios mecanismos corruptores para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones (corrupción activa propia) o para que haga u omita un acto propio de sus funciones (corrupción activa impropia).

La **bilateralidad** que se establece de hecho entre el sujeto indeterminado y el sujeto público supone por parte de este último un tomar conocimiento del ofrecimiento de compra de un acto público que hace el primero o, en un supuesto delictivo

mayor, al recibir o aceptar el mecanismo corruptor. Supuesto de **bilateralidad sin compromiso** en el primer caso en el que el ámbito de relevancia penal no le es extensivo aún al funcionario o servidor público. Pero **sí adquiere relevancia jurídico-penal** en su bilateralidad al producirse la recepción de donativo o aceptación de promesa por parte del funcionario o servidor público.

Como ya se ha señalado, la corrupción activa puede ser **comisiva** u **omisiva** en ambas modalidades (propia e impropia). Los mecanismos corruptores son los mismos que para el cohecho pasivo: el donativo, promesa, ventaja o beneficio.

En razón al tiempo en que se activa el medio corruptor, solo se ha regulado la corrupción activa antecedente, dada la imposibilidad de contemplar normativamente una forma activa subsecuente.

Ofrecer, dar o prometer son modos como se expresa el comportamiento típico de este delito, y con dicha frase se comprende una serie de actos imputables al sujeto indeterminado por los cuales determina o busca determinar o motivar la conducta funcional del funcionario o servidor público conforme a sus finalidades o expectativas ilícitas. Ejemplos de esta modalidad son: actuar directamente sobre el sujeto público, valerse de terceras personas o de personas estrechamente allegadas, presionar verbalmente, por escrito, a través de correos electrónicos, etc.

El sujeto **corrompe** o **trata de corromper** por medio de los mecanismos corruptores para que el sujeto público haga u omita actos funcionales o de servicio de su competencia en violación de sus obligaciones (corrupción activa propia) o haga u omita un acto propio de sus funciones (corrupción activa impropia).

Este delito de estricta naturaleza comisiva es **doloso**. El sujeto activo debe obrar con voluntad propia y conociendo que está corrompiendo o intentando corromper al funcionario o servidor

7.4. Consumación y tentativa

Es un ilícito de **consumación instantánea**. Basta que la acción típica llegue a conocimiento del sujeto público para dar por perfeccionado el delito. Que el sujeto público no acepte o acepte el medio corruptor es irrelevante a efectos de afirmar o descartar la corrupción activa, pero sí es importante para calificar la conducta del funcionario o servidor y determinar que es ajustada a derecho o reconducible por el tipo penal de cohecho pasivo mediante aceptación.

La tentativa resulta factible sin dificultades en la modalidad de resultado material de cohecho activo, que se expresa con el verbo rector “da”.

7.5. Penalidad

- Corrupción activa propia: 4 a 6 años de pena privativa de libertad más inhabilitación, conforme a lo dispuesto por el artículo 426º del Código Penal, que para el caso de los particulares remite al inciso 2 del artículo 36º. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Corrupción activa impropia: 3 a 5 años de pena privativa de libertad, más pena de inhabilitación. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

8. El delito de cohecho activo transnacional

ARTÍCULO 397º-A. El que, bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones o sin faltar a su obligación para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido incorporado por el artículo 1º de la Ley N.º 29316, publicada el 14.01.2009)

De modo similar al tipo penal genérico, el **centro de la atención** de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor público internacional sino en la de un **sujeto indeterminado** que trata o soborna a aquellos.

Asimismo, también puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva.

La **corrupción activa**, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se halla caracterizada por

la existencia de una específica **relación de complementariedad** entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público internacional que acepta el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura también la existencia del delito de cohecho pasivo regulado en el artículo 393º-A.

Será “funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público” toda persona encargada por una autoridad de un Estado extranjero para desempeñar funciones en una empresa pública con sede en el extranjero o para desempeñar otras funciones públicas para un Estado extranjero, y todo funcionario o agente de una organización pública o persona autorizada para el desempeño de funciones en ella.

La penalidad en este tipo de delitos es una pena privativa de la libertad no menor de 5 años ni mayor de 8 años y con 365 a 730 días-multa.

En el resto del desarrollo podemos remitirnos al comentario que hemos realizado al artículo 397º.

9. El delito de cohecho activo específico

ARTÍCULO 398º. 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 e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2,

3 y 4 del artículo 36° del Código Penal 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 e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código Penal 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 e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del [artículo 36° del] Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004; por el artículo 1º de la Ley N.º 26643, publicada el 26.06.1996; y por la tercera disposición modificatoria de la Ley N.º 26572, publicada el 5.01.1996)

9.1. La figura penal

La presente figura penal de corrupción activa es una **modalidad agravada** con relación a la establecida en el artículo 399º del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa rasgos de similitud con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395º, pero en modo alguno se puede

señalar indiscriminadamente que constituya la versión activa del cohecho pasivo, pues hay marcadas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos. En efecto, si bien se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos especiales (juez, árbitro, etc.), y se emplean los mismos medios corruptores, sin embargo, **el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad**, e igualmente diferente es el componente finalístico y la penalidad. Ambas figuras guardan estrecha relación pero tienen autonomía legal al momento de ser aplicadas al supuesto de hecho delictivo (tipificación), así como al haberse establecido penas privativas de libertad distintas.

9.2. Bien jurídico específico protegido

La norma protege específicamente el respeto debido a la administración pública, así como la imparcialidad y honestidad de los magistrados.

9.3. Sujeto activo: autoría

Es una **persona indeterminada**, esto es, puede ser un particular: una persona natural, los directivos o representantes de empresas privadas, abogados independientes o que forman parte de un estudio de abogados, etc. También puede ser sujeto activo otro funcionario o servidor público. Estos diversos contextos de autoría que traerán consigo la respectiva inhabilitación para dichos agentes.

Los **destinatarios de la promesa**, donativo, ventaja o beneficio involucrados en el cohecho activo (de manera excluyente: magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo), responderán a título de cohecho pasivo específico

agravado de la figura del artículo 395º, de recibir “a sabiendas” los medios corruptores o en todo caso en base a cohecho pasivo (artículo 393º, primer supuesto típico: modalidad de aceptación).

9.4. Sujeto pasivo

El titular del derecho afectado es el Estado, específicamente los funcionarios de la administración de justicia.

9.5. Comportamiento típico

Los **verbos rectores** son: ofrecer, dar o prometer.

Los **medios corruptores** son: promesa, donativo, ventaja o beneficio.

El **objetivo del comportamiento típico** es: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

a. *Ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo*

El sujeto activo del delito desarrolla **actos de ofrecimiento, entrega o promesas de donativos, ventajas o beneficios**. Al haberse usado técnicamente un verbo activo de tan amplio espectro semántico, su interpretación debe de realizarse en el contexto que permiten los medios corruptores, y en base a la finalidad buscada en una figura de corrupción de funcionarios.

Como se colige con facilidad, es este un **delito de concurrencia necesaria** (bilateral o de concurrencia múltiple), donde el sujeto indeterminado (uno o varios) acuerda o pacta con el funcionario concreto (magistrado, fiscal, perito, árbitro, miem-

bro de tribunal administrativo, etc.) para la búsqueda de un propósito definido: influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de estos funcionarios. No es imaginable la consumación de esta figura penal sin la presencia de uno y otro sujeto. Sin embargo, sólo son autores de este delito los sujetos indeterminados, los funcionarios específicos designados responderán a título de cohecho pasivo específico agravado o de cohecho pasivo simple, según sea el caso.

El **tipo penal es autónomo**, no está en función al cohecho pasivo del artículo 395º del código; la penalidad es distinta así como la descripción típica finalística. La tipicidad del hecho se produce tanto (i) al ofrecer o dar (entregar) donativo, ventaja o beneficio como (ii) al hacer la promesa de donativo, ventaja o beneficio. En el primer caso estamos ante un delito de resultado; en el segundo frente a uno de actividad y peligro.

La redacción original del tipo penal 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, 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 un 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.

b. ***El objeto del comportamiento típico: influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia***

Al ofrecer, dar o prometer los donativos, ventajas o beneficios, la finalidad buscada por el sujeto activo del delito es el poder influir en la decisión de un asunto sometido a conocimiento o competencia de funcionarios públicos.

“**Influir**” es poseer la capacidad, 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 poder hacer que otro adecue sus actos a mis expectativas; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la mía.

La **influencia** a la que se refiere el código 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: su decisión. Es difícil evaluar la real eficacia motivadora del medio corruptor en la convicción del magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo para decidir conforme a las expectativas del sobornante, pues ello se presta a subjetivizaciones, razón por la cual interesa mayormente el dato objetivo de la existencia de procesos pendientes de fallo que interesen a quien da o promete y que vinculan los actos del magistrado. Es esta una diferencia básica en relación al cohecho pasivo específico del artículo 395° que alude a influir en la decisión de un “asunto”. Que el magistrado haya sido 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 incidir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Antes de concluir este ítem cabe señalar que no resulta correcto técnicamente el empleo de frases susceptibles de difícil comprobación como el término “influir”.

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 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.

En cuanto a la **decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia**. 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 a la decisión final de la instancia, estableciéndose así una vinculación causal imputable con el medio corruptor. La decisión 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 de la decisión, teniendo gran peso argumentativo a nivel de instancias menores, pudiendo ser susceptible de la injerencia externa a nivel de cohecho activo específico.

La decisión es producto de un proceso de múltiples 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 asunto sometido a su conocimiento o competencia”, y donde los actos ejecutivos desplegados ameritan la presencia de formas de tentativa.

La frase “**asunto sometido a su conocimiento o competencia**” 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 su competencia.

9.6. 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. En el caso del comportamiento de los sujetos especiales resulta suficiente el dolo eventual.

9.7. 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, dar o prometer donativo, ventaja o beneficio, al producirse los mismos, es decir, al momento de la entrega o verificación (delito de resultado). En el supuesto de ofrecer, dar o prometer donativos, ventajas o beneficios: con la simple actividad (delito formal). Que se produzca o no el efecto deseado excede la tipicidad del delito (fase de agotamiento).

La tentativa será perfectamente admisible en el primer supuesto y podrá presentarse en el segundo de existir fragmentación de actos ejecutivos.

9.8. Corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo (párrafo segundo del artículo 398º)

Con antecedente legal en el artículo 352º del Código Penal de 1924 esta modalidad delictiva tiene un **injusto penal de menor desvaloración** que la contenida en el primer párrafo del artículo 398º, lo que explica la penalidad atenuada.

El secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete **poseen ámbitos de competencia estrictos** y de **menor relevancia** para la configuración final de la decisión a través del fallo, pero sus aportes tienen una apreciable incidencia en la formación del mismo, estando supeditados, por cierto, a la libre y racional apreciación y convicción del magistrado, fiscal, perito, árbitro o miembro de tribunal administrativo. La fuerza probatoria de una pericia grafotécnica en el delito de falsificaciones documentales o de una pericia balística de absorción atómica para vincular el disparo de un arma de fuego o el supuesto agente de delito, las conclusiones de una pericia siquiátrica para definir una interdicción civil o el grado de imputabilidad penal, la incidencia de una traducción, las explicaciones del intérprete, el reconocimiento médico legal, o los dichos del testigo de excepción, son todos aportes decisivos para la formación del fallo y que se inscriben lo subsumible del tipo penal como objetos susceptibles de efectos deseados por el agente sobornante.

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 secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete, sujetos exclusivamente particulares 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.

Los peritos, 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 extendible al testigo.

9.9. Penalidad

- En su modalidad principal (corrupción activa de magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro de tribunal administrativo o análogo): pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código Penal y con 365 a 730 días-multa

- En su modalidad secundaria, con un injusto penal de menor desvaloración (corrupción activa de secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo): pena privativa de libertad será no menor de 4 ni mayor de 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 2, 3 y 4 del artículo 36° del Código Penal y con 365 a 730 días-multa.
- En su modalidad derivada (corrupción activa efectuada exclusivamente por abogado o miembro de un estudio de abogados): pena privativa de libertad será no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación accesoria conforme a los incisos 1, 2, 3 y 8 del artículo 36° del Código Penal y con 365 a 730 días-multa

10. Bibliografía

- ALTARAZ MARÍN, David Josupe, “Idoneidad y contenido típico del verbo rector *ofrecer* en el tipo penal de cohecho activo genérico. A propósito del caso *Andahuasi*”, en *Actualidad Penal*, vol. 5, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- CATALÁN SENDER, Jesús, *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Bayer Hnos., Barcelona, 1999.
- JIMÉNEZ NIÑO, Sergio, “El delito de cohecho pasivo: modalidades, consumación y flagrancia”, en *Actualidad Penal*, vol. 3, Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3.^a ed., Grijley, Lima, 2003.

SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Civitas, Madrid, 1991.

SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en HEYDEGGER, Francisco R. (coord.), *Delitos contra la administración pública*, Idemsa, Lima, 2013.

VALEIJE, Inmaculada, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Edersa, Madrid, 1996.

CAPÍTULO OCHO

FORMAS ESPECIALES DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS:

Interés indebido en negociaciones públicas,
enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia
(artículos 399° al 401°)

1. Introducción

El Código Penal peruano, al igual que otras legislaciones extranjeras latinoamericanas, contempla al interior de su catálogo de delitos funcionales **tipos especiales de corrupción** que no gozan necesariamente de unanimidad en el ámbito legislativo comparado, en la doctrina y la voluntad política de criminalización en otros contextos normativos, preferentemente europeos. Estas expresiones discutibles de relevancia penal son las figuras de interés indebido en negociaciones públicas, el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencias.

Se ha criticado con insistencia la **extrema apertura que ofrecen dichos tipos** penales, al describir conductas difusas y prestas a interpretación extensiva o al incorporar conceptos de difícil interpretación (caso del tráfico de influencias), así como **no señalar en forma expresa la acción típica** (caso del enriquecimiento), que los colocan en **situación de colisión con el principio de legalidad**, que exige determinación de conducta en forma expresa e inequívoca y con la regla político-criminal de necesidad, al estar ya contenidos en otros tipos penales.

Más aún, se ha puntualizado que dichas figuras penales podrían ser utilizadas como mecanismos normativos de **perse-**

cución política, además de otras puntuales objeciones que las veremos al analizar en detalle dichos delitos.

Son objeciones atendibles, por cierto, pero que parten de una perspectiva de origen focalizada. Son los países industrialmente desarrollados los que han levantado su voz de protesta a la criminalización de dichas tipologías criminales, orientados en lo general por la necesidad de proteger sus inversiones o sus mecanismos de penetración económica en los países menos avanzados en el ámbito del desarrollo tecnológico e industrial. Conflicto y panorama que se evidenciara notoriamente en los trabajos técnicos de redacción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción llevados a cabo en diversas reuniones en la ciudad de Viena, los años 2002 y 2003, en los cuales dos bloques claramente delimitados se pronunciaron **(i)** por la incorporación de dichas figuras penales (los países en desarrollo) y **(ii)** el otro por su no inclusión en el documento en referencia (EE. UU., Japón, Italia y la mayor parte de los denominados países desarrollados).

En nuestra legislación penal, los delitos de enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia son de reciente data y fueron ingresados al contexto de los delitos contra la administración pública del Código Penal de 1924 en junio de 1981, a través del Decreto Legislativo N.º 121.

Su capacidad de rendimiento a lo largo de dos décadas fue prácticamente simbólica. Recién se ha reparado en dichos tipos penales a partir de las denuncias a los cabecillas de la denominada “mafia fuji-montesinista”, las que han producido numerosos procesos penales por enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias, en el marco del también denominado sistema anticorrupción.

2. Interés indebido en negociaciones públicas

ARTÍCULO 399º. El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004)

2.1. Bien jurídico protegido

Como estamos en el ámbito de los delitos de corrupción, el bien jurídico específico afectado por el comportamiento del sujeto público vinculado es la **imparcialidad y objetividad** (profesionalismo) que exige el desempeño funcional.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Que, conforme al Acuerdo Plenario N.º 1-2010-CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes

jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible **es uno de peligro**, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal —importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública—. **Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, 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. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es parte *in fine* del Código Penal.

» R. N. N.º 2068-2012-Lima, Sala Penal Transitoria, de 19 de abril del 2013. Las negritas son nuestras.

2.2. Aspectos de tipicidad objetiva y subjetiva

Estamos ante una figura de interés ilícito en contrataciones que **no supone**, como componente típico, **concertación con el contratista** y se dirige solo al funcionario público que quebranta de ese modo sus deberes de lealtad para con la administración pública, orientando los procesos de selección u operaciones a favor de determinados contratistas, mostrando una **inusual e indebida preferencia por alguna contratación** u operación. Es un funcionario o servidor público que por razón del cargo le toque intervenir y no así cualquier sujeto público que ponga de manifiesto predilecciones por tal o cual contratación u ope-

ración, y que le reporten provecho, pudiendo tratarse en tales casos de supuestos de complicidad o instigación

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que “el delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término **interesar**, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros”. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...].

» R. N. N.º 253-2012-Piura, de 13 de febrero del 2013

A diferencia de lo que sucede con el delito de colusión desleal (artículo 384º del Código Penal), en el delito de interés indebido en negociaciones públicas, el momento de la consumación del delito adquiere un mayor iter o camino delictivo. En efecto, el tipo penal no restringe la perfección del delito a la presencia de algún momento específico de las contrataciones u operaciones, por lo que se entiende que cubre cualquier fase de las mismas sean preejecutivas o ejecutivas, interesando en cambio acreditar el interés ilegal puesto en la negociación o en el desarrollo de operación que suponga un provecho personal para el sujeto público infractor o para un tercero.

La interpretación de la redacción del tipo penal actual, reformado por la Ley N.º 28355 (6 de octubre del 2004) y por

la Ley N.º 30111 (26 de noviembre del 2013), reporta una inicial **incongruencia** cuando alude al adverbio “**indebidamente**”, pues deja abierta la posibilidad de inferir que hay formas debidas en las que el sujeto público vinculado puede interesarse en provecho propio o de terceros cuando interviene en el mundo de las contrataciones públicas, lo cual obviamente es un contrasentido y colisiona el principio constitucional de sujeción del funcionario o servidor público con los intereses de la nación. Hay que concluir que su presencia en el tipo penal es superflua y contradictoria.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[El **interesarse indebidamente** debe entenderse como un] desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido.

» R. N. N.º 373-2007-Lima, de 4 de julio del 2007.

No se puede concluir que esta figura delictiva sea una modalidad detenida o imperfecta del delito de colusión desleal, pues su naturaleza es la de ser una **modalidad de corrupción**, en la que es **irrelevante la existencia de concertación ilegal** dirigida al contenido de la contratación u operación. Como resulta evi-

dente, aquí no es de interés el papel que asuma el contratista, lo que permite igualmente dotarle de naturaleza y perfil propio a este delito. Sí, en cambio, interesa el rol que puede jugar la persona interpuesta (modalidad de delito en la que el sujeto público vinculado se interesa indirectamente), supuesto en el cual el autor del delito actuaría como autor mediato.

El **objeto material normativo** del delito está dado por el “**contrato**” y la “**operación**” en las que interviene el sujeto público por razón de su cargo.

Con el término “**contrato**” la norma penal quiere aludir a todo acuerdo en la que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los procesos de selección de postores o con sus fases ejecutivas, pero también abre el espectro de aplicaciones a objetos jurídicos que se salen de la Ley de Contrataciones del Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a la normativa internacional, o los usos y costumbres del comercio internacional.

En cambio, por “**operación**” se entiende toda actividad del Estado de contenido, por lo general patrimonial, en la que actúa y decide unilateralmente (confiscaciones, liquidación de empresas públicas, etc.).

El tipo penal de **interés indebido en negociaciones incompatibles no integra como componente típico el perjuicio material** a la administración pública (específicamente la repartición o entidad pública contratante o a nombre de quien realiza la operación el funcionario o servidor público), lo cual implica seguir considerando al delito como uno cuya naturaleza de peligro para el bien jurídico protegido ha sido focalizado por la

política criminal del Estado en fase de **anticipación de tutela**. Que la repartición pública salga favorecida con el contrato u operación, realizada en un contexto en el cual el sujeto público fue favorecido con un mecanismo corruptor, no es una realidad que el tipo penal imposibilite.

Se requiere, por expresa mención normativa, el **provecho** para el sujeto público vinculado o para el tercero, derivado de su intervención en el contrato o la operación. El contenido del provecho abarca tanto el donativo como la ventaja o beneficio, a los que aluden los tipos usuales de corrupción funcional en el Código Penal y de los cuales es una de sus expresiones. Los alcances del provecho pueden abrir una línea de debate, pero en una interpretación restrictiva hay que afirmar la tesis de un provecho patrimonial, no así de provechos políticos, afectivos o de imagen. Por lo mismo, la imputación deberá atender a este componente fundamental del delito (provecho) para descartar intereses indebidos sin contenido patrimonial, en tanto supuestos atípicos del delito consignado en el artículo 399º del Código Penal.

Cuando en el delito de interés indebido en negociaciones públicas el tipo penal emplea la expresión “**en forma directa o indirecta...**”, está admitiendo la posibilidad de que el funcionario se sirva de terceras personas, que no sea él quien por acto propio demuestre interés, sino que utilice a **terceros** (*extraneus*), los cuales se interesarán (indebidamente) en los contratos u operaciones en la idea de provecho ilícito para el autor funcional. La posibilidad para que intervenga el tercero se presenta en esta hipótesis legal, ya sea como un **cómplice** o como un **instigador**. El *extraneus* interviene en los delitos de función con esas cualidades, con esos estatus, nunca como autor o coautor.

Por la forma como ha sido redactado el tipo penal hay que afirmar la necesaria presencia de **dolo directo** en la comisión del delito.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL LIQUIDADORA

[La] colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación”.

» Expediente N.º 30-2010 del 7 de noviembre de 2011, de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.3. Penalidad

La penalidad de este delito cubre un mínimo de 4 y un máximo de 6 años de pena privativa de libertad más inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

3. El delito de enriquecimiento ilícito

ARTÍCULO 401º. 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años 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.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21.07.2011; por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011; por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004; y por el artículo 7º de la Ley N.º 27482, publicada el 15.06.2001)

3.1. Características generales

El tipo penal de enriquecimiento ilícito, hasta antes de la modificación producida por la Ley N.º 28355, había sido construido conforme a una técnica legislativa que enfatizaba el re-

sultado sin precisar la acción que generaba dicho resultado. Esta característica hacía del mismo una figura penal *sui generis* que se salía de las técnicas ortodoxas de redacción de tipos penales, lo cual lo colocaba en una situación bastante controvertible, dado su alejamiento de las exigencias requeridas por el principio constitucional y penal de legalidad en materia de técnica y redacción legislativa de conductas típicas.

Para el país, este tipo penal resultó una **medida político-criminal de urgencia** dada la alarmante forma como, con cada gobierno —en proporciones preocupantes— y los altos funcionarios que ingresaban a la función pública incrementaban ostensiblemente su masa patrimonial sin razones lícitas aparentes, y frente a lo cual el sistema penal tradicional (peculado, cohecho, concusión, procesos sumarios, ordinarios fundamentalmente inquisitivos) se mostraba ineficiente, paralizado y propiciador de impunidad.

Esta necesidad criminalizadora no estuvo, sin embargo, desde una perspectiva social precedida del debido y saludable debate que hubiera permitido presentar una fórmula legal más acorde con las exigencias modernas y constitucionales de tipificación. Se optó legislativamente por transcribir parte del modelo colombiano¹⁰, que enfatiza el enriquecimiento por razón del cargo, sin tomar en cuenta las anotaciones normativas de subsidiaridad ni

10 *Código Penal de Colombia, Ley 190 del 1995 [hoy derogado; el vigente es el aprobado por la Ley 190 del 2000]*: “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, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal. En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.”

la no justificación del enriquecimiento como elementos del tipo que posee el modelo argentino de enriquecimiento ilícito¹¹.

Igualmente se **omitió regular** penalmente la situación de los **testaferros** o personas que generalmente hacen posible que se produzca el incremento patrimonial ilícito del funcionario o servidor público.

La actual redacción del tipo penal ha centrado su atención en el ilícito incremento patrimonial y en el abuso de cargo del funcionario o servidor público en el origen de ese incremento patrimonial ilícito. El tipo penal ofrece una modalidad básica y otra agravada, tomando en cuenta esta última la **calidad y jerarquía de los funcionarios** públicos involucrados.

Técnicamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito **es un delito de resultado**, de naturaleza subsidiaria, que resultará invocable solo cuando el supuesto de hecho no haya podido ser asumible por otra figura funcional de enriquecimiento (peculado, cohecho (concusión).

El bien jurídico consiste en **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 servicio a la nación.

11 *Código Penal de Argentina* (1922): "Artículo 268 (2). Será reprimido 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.

La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con prisión de 1 a 4 años."

3.2. Tipicidad objetiva y subjetiva

Es **sujeto activo** con exclusividad el funcionario o servidor público. Al tratarse de una modalidad de corrupción resulta invocable la extensión de autoría realizada por la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Los particulares e incluso otros sujetos públicos que contribuyan a formar el enriquecimiento ilícito del sujeto activo responderán a título de cómplices.

El sujeto pasivo es el Estado.

La conducta típica del sujeto activo está configurada por dos componentes principales y por la existencia de un marco de referencia procesal:

- a) El abuso del cargo.
- b) El incremento ilícito del patrimonio.

La frase “**abusando de su cargo**” hace alusión a que el funcionario o servidor se aprovecha indebidamente 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.

El funcionario hace valer su cargo para obtener bienes que acrecientan su patrimonio mediante comportamientos que no han sido declarados judicialmente delictivos. Ingresan en este orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa (incompatibilidades, prevalimientos, asesoramientos a empresas particulares, etc.).

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse [...] se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal.

» Casación N.º 343-2012-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 2013. Ver texto en: <bit.ly/1PVnQsG>.

En el contexto del segundo componente (“**incrementa ilícitamente su patrimonio**”) de naturaleza cuantitativa y de cualidad ilícita —dada su contrariedad al marco de deberes asumidos por dichos sujetos públicos— la norma penal no ha precisado pautas de cantidad ni ha asumido la posición de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que recomendaba la inclusión de la frase “incremento ostensible”. En cambio sí ha previsto el criterio probatorio indiciario del aumento patrimonial o gasto económico personal “**notoriamente superior**”.

El incremento del patrimonio, que en su monto penalmente relevante tendrá que ser definido vía jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema, o ilustrativa para casos concretos, está

referenciado a la suma de ingresos obtenidos legítimamente por el sujeto público, de modo que este referente contable se constituye en el dato decisivo para definir incrementos no justificados, una vez deducidos otros ingresos lícitos de origen no necesariamente funcional.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

[Dicho] ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derecho o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio.

» R. N. N.º 847-2006-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de octubre de 2006.

JURISPRUDENCIA DE LA SALA PENAL ESPECIAL

Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente.

» Exp. N.º 004-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 9 de febrero de 2010.

PLENO JURISDICCIONAL NACIONAL PENAL

Sí es necesaria la configuración de una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio [...]. El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición.

» Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008, Lima, Tema II.

La técnica de redacción del tipo penal se ha visto obligada a acudir tanto a formulaciones descriptivas sustantivas como a reglas probatorias para intentar llenar de contenido una figura penal hartamente discutible.

Es materia de discusión la **fuerza** o el **origen** del **incremento patrimonial ilícito**. Es un asunto sobre el cual se han brindado hasta tres planteamientos:

- a) Debe ser **producto de los delitos de función** comprendidos en el Título XVIII del Código Penal en sentido amplio: peculado, cohecho, colusiones desleales, exacción, tráfico de influencias, abuso de autoridad. Tal posición, matizada, se amplía al resto de delitos especiales regulados en otros títulos del código: matrimonios ilegales, detenciones ilegales, prevaricato, intervención de las comunicaciones, etc.
- b) Debe tener su origen en la **comisión de delitos comunes** cometidos con prevalimiento del cargo o fun-

ción: estafas, hurtos, apropiaciones ilícitas, tráfico de armas, extorsiones, etc.

Tal posición matizada, incorpora también los ilícitos administrativos en los que haya incurrido el sujeto público y le hayan reportado patrimonio, etc.

- c) Es irrelevante el origen del incremento patrimonial a condición de que sea ilícito.

Constituye un problema aún no suficientemente resuelto el tema de la **carga de la prueba** en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que por definición es el Ministerio Público, a través de la labor de los fiscales penales, quien tiene que aportar los elementos probatorios, más allá de la presunción de enriquecimiento que establece la norma a través de la desproporción del patrimonio obtenido en relación a la declaración de bienes y rentas.

El sujeto investigado o procesado tiene que justificar el incremento ostensible de su patrimonio, a la vez que la parte acusadora tiene el deber de demostrar que procede de fuente ilícita. Es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición 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 que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación.

La posibilidad de invertir la carga de la prueba en el sentido de que el imputado o acusado debería demostrar su inocencia, justificando el exceso de patrimonio sobre el cual se tiene la pre-

sunción de ilicitud es una idea que ha sido cuestionada severamente por contradecir la bases del sistema procesal penal actual y el principio constitucional de presunción de inocencia.

En contraparte, se argumenta adecuadamente que los **funcionarios y servidores públicos** —sujetos que durante el ejercicio de sus cargos gozan de privilegios especiales— están **obligados a justificar en vía de investigación preliminar**, debido a que se hallan al servicio de la nación (deber constitucional de sujeción), conforme determina el artículo 39º de la Constitución Política vigente. Lo cual coloca en su lugar los temas de investigación y los actos de prueba, y posibilita no subvertir garantías del debido proceso en un afán autoritario y de máxima intervención.

El delito **es doloso**, requiriendo conocimiento por parte del funcionario de que los incrementos patrimoniales que está obteniendo proceden de fuente ilícita o, en su caso, que la cancelación de sus pasivos tienen el mismo origen.

Sancionar penalmente al funcionario con base al único criterio del resultado “incremento patrimonial” supondría incurrir en responsabilidad objetiva.

3.3. Consumación y tentativa

Al ser el delito de enriquecimiento uno de resultado condicionado a la ilicitud del incremento patrimonial, la **consumación se producirá** cuando el incremento significativo haya sido producto de actividades no conformes a derecho en un contexto de vinculación del agente con el prevalimiento hecho del cargo o del abuso de funciones, usualmente durante el tiempo de vigencia de la condición de funcionario o servidor público.

La posibilidad de **tentativa** estará dada por la existencia de actos fragmentables y fronterizos con el enriquecimiento ostensible.

Los temas de la consumación y tentativa del delito de enriquecimiento ilícito resultan ampliamente debatibles en la medida que no existe, en la norma penal ni extrapenal, delimitadores cuantitativos de enriquecimiento, penalmente relevantes, en tanto incremento del patrimonio del sujeto activo respecto de sus ingresos legítimos. Tampoco en esta materia la jurisprudencia de la Corte Suprema ni las escasas sentencias de los colegiados penales que se han pronunciado últimamente, brindan luces al respecto. Igual ausencia de referentes muestran los dictámenes fiscales supremos que deben orientar e ilustrar las ejecutorias supremas.

3.4. Penalidad

- Pena privativa de la libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años para la modalidad básica del delito. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 15 cuando el agente haya ocupado cargos de alta dirección o goce de las prerrogativas del antejuicio y la acusación constitucional. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

En ambos casos más pena de inhabilitación.

4. Delito de tráfico de influencias

ARTÍCULO 400º. 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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

(Texto conforme a la modificación efectuada por el artículo único de la Ley N.º 30111, publicada el 26.11.2013. Anteriormente había sido modificado por el artículo único de la Ley N.º 29758, publicada el 21.07.2011; por el artículo 1º de la Ley N.º 29703, publicada el 10.06.2011; y por el artículo 1º de la Ley N.º 28355, publicada el 06.10.2004)

4.1. Características generales

Es este un ilícito penal sobre cuyas referencias se encuentran ya elementos en el derecho penal romano, pero su regulación técnico normativa recién se produjo con la Ley francesa del 4 de julio de 1889.

Se trata de un tipo penal que no goza de consenso en todas las legislaciones penales. Se le ha criticado querer penalizar una

práctica humana tan extendida y a la vez tan **difícil de delimitar punitivamente**. En efecto, sobre la influencia, forma atenuada de poder, se ha señalado que no tiene fronteras definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados, como para correr el riesgo de criminalizarla.

Tales objeciones han llevado a que los códigos que regulan penalmente dicha práctica se preocupen por **restringir sus alcances** a determinadas formas de influencia localizadas en determinados contextos de actuación.

El modelo peruano, no obstante sus imperfecciones técnicas, ha tenido el acierto de restringir el ámbito de injerencia penal en esta materia a las **influencias reales o probabilísticas** en el sector de la justicia jurisdiccional y en la justicia administrativa, sin cubrir otros ámbitos de actuación funcional, diferenciándose en este punto de otras legislaciones penales que amplían tipicidad hacia otros contextos de actuación funcional (por ejemplo, el Código Penal español¹²).

Sobre el tipo penal reformado de tráfico de influencias y regulado en el artículo 400° del Código Penal se puede decir que es un delito de **enriquecimiento**, poseedor de **naturaleza de peligro** y de **simple actividad**, y que enfatiza el núcleo

12 *Código Penal español de 1973*: “Artículo 404 bis a). El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad prevaleándose 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 consiguiera 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”.

del injusto en la invocación de **influencias dirigidas al interesado**. Asimismo, este tipo admite una circunstancia agravada cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público.

Sus imperfecciones residen en no haber regulado el papel que cumple el funcionario que es influido y tampoco haber destacado el mayor injusto en caso se produzca la influencia sobre el magistrado, además de seguir contemplando la influencia simulada digna de ser tratada como un delito contra la administración pública.

4.2. Bien jurídico protegido

Debatible es llegar a un consenso sobre cuál es el bien jurídico protegido, dado que el tipo penal contempla dos figuras muy diferentes de tráfico de influencias. En efecto, no tienen el mismo valor de afectación la **influencia real** y la **simulada** al momento de tener que delimitar el objeto de tutela penal. En el primer caso se produce un evidente menoscabo a la administración pública, mientras que en el segundo caso resulta bastante discutible que así lo sea. Sin embargo, la Corte Suprema ha establecido recientemente, en el caso *Aurelio Pastor*, que el delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Décimo segundo. El delito de **tráfico de influencias simuladas** es de peligro y de simple actividad que significa: **i)** Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. **ii)** El tráfico de la propia mediación ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. **iii)** La recepción

del dinero, utilidad o promesa, es un acto de consumación. En el presente caso —tráfico de influencias simuladas— se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la conducta del imputado por este delito sólo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector.

Décimo tercero. Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticamente, de forma clandestina no pública.

Décimo cuarto. Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado Pozo, Fidel Rojas Vargas, Peña Cabrera y Muñoz Conde, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcionario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría el principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

Décimo quinto. De ahí que el **bien jurídico** de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurí-

dico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*).

» Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre de 2015. Sala Penal Permanente. Casación N.º 374-2015-Lima (caso *Aurelio Pastor Valdivieso*), considerandos décimo primero al décimo quinto. Ver texto en: <bit.ly/1UNusE>.

No obstante las dificultades señaladas, es de considerar como bien jurídico protegido la preservación del prestigio y el regular funcionamiento de la administración pública y específicamente de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa.

4.3. Tipicidad objetiva y subjetiva

Cualquier persona puede ser **sujeto activo**, sea un particular, representante de persona jurídica o un funcionario o servidor público. En el caso de que el autor del delito sea un funcionario o servidor público, la norma penal agrava la pena.

Sujeto pasivo es el Estado. Resulta sumamente discutible que quien da el donativo, promesa o ventaja sea una persona agraviada en cualquiera de los supuestos de tipicidad admisibles, salvo que se trate de una estafa, supuesto en el cual nos salimos de la esfera de acción del tráfico de influencias.

El comportamiento típico integra tres acciones:

- a) Invocar influencias reales o simuladas;
- b) Recibir, hacerse dar o prometer para sí o para un tercero donativo, ventaja, promesa o beneficio; y

- c) El ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

“**Invocar influencias**” es el acto de atribuirse o arrogarse el sujeto activo —frente a terceros— facultades de poder determinar o motivar comportamientos del funcionario (o los funcionarios) consignado en la norma, con la finalidad de obtener donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio de parte de dichos terceros. Se trata de una conducta activa directa o indirecta dirigida a las personas interesadas en algún caso judicial o administrativo con el ofrecimiento de interceder por ellos ante la justicia jurisdiccional o administrativa, a cambio y, previamente, a la entrega de beneficios o ventajas.

Las influencias pueden ser **reales**, esto es, el traficante efectivamente tiene o posee cierto nivel de influjo sobre los actos decisoriales del funcionario o servidor, aprovechando de sus nexos amicales, parentales, profesionales, jerárquicos, debilidades o vulnerabilidades del funcionario, etc. Como también pueden ser **simuladas**, es decir, el sujeto activo engaña al interesado, lo que configura más propiamente una estafa que un tráfico de influencias

“**Recibe, hace dar o prometer**” donativo, promesa o cualquier ventaja, representa el dato material objetivo que hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para el delito de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio. A partir de ese momento, el delito se habrá consumado.

Lo dicho sobre el donativo, promesa o ventaja en la introducción a los delitos de cohecho es plenamente válido para el tráfico de influencias.

“**Con el ofrecimiento de interceder**” ante funcionario o servidor es el componente del tipo penal que orienta el mensaje enviado por el traficante cuando invocó influencias y que corresponde a las expectativas de la persona interesada que da el donativo o la ventaja.

“**Interceder**” es pedir, bajo condiciones de ventaja o posibilidad de lograr la pretensión, a nombre de la persona interesada frente al funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros. Solo en el supuesto que la intercesión se produzca, fase de agotamiento del delito, se verá afectada la administración pública.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté o conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase “**invocando influencias con el ofrecimiento de interceder**”, esta expresión marca la especificidad hípica de esta modalidad de co-

rrupción. b) Las frases “**recibir, hacer dar o prometer**” configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) “**Donativo, promesa o cualquier ventaja**”, son los medios corruptores. d) “**Con el ofrecimiento de [...]**” constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

» Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre de 2015. Sala Penal Permanente. Casación N.º 374-2015-Lima (caso *Aurelio Pastor Valdivieso*), considerando décimo primero. Ver texto en: <bit.ly/1LJNusE>.

La **norma** penal **no exige** que el traficante **haya llevado a la práctica** su ofrecimiento de intercesión para dar por consumado el delito. El hecho que efectivamente se produzca dicha influencia en el funcionario o se intente influir es irrelevante para dar por perfeccionada la tipicidad del delito.

El delito en estudio posee una lógica interna que **vincula** estrechamente **la entrega** del donativo, la realización de la promesa, ventaja o beneficio **con el acto previo de la invocación de influencias** orientado a interceder por el interesado en la administración de justicia (jurisdiccional o administrativa). Esta lógica de presentación del supuesto es lo que hace tan atractiva la figura para las personas interesadas en obtener actos o decisiones funcionales en mejores condiciones que las derivadas de la marcha ordinaria de la administración de justicia, por lo general caracterizada por su lentitud, burocratización y discutible eficacia.

El **papel** que le toca cumplir, a nivel de relevancia penal, al **funcionario** o servidor público, que ha sido objeto de la influencia o ha tomado conocimiento de ella, es bastante discutible dado lo matizado que se presentan las posibilidades.

El **papel** que cumple la **parte interesada** que entrega el donativo o da la promesa o ventaja, es objeto igualmente de debate, admitiendo numerosas lecturas.

Carecen de interés para tipificar el delito si la iniciativa de interceder partió del traficante o del interesado, el monto del beneficio patrimonial que incrementa el patrimonio del sujeto activo, así como si el interesado vio o no satisfechas sus expectativas.

El delito es **doloso**. Se requiere, por la propia naturaleza de la acción consistente en invocar influencias, de dolo directo para dar por perfeccionada en su tipicidad subjetiva el delito. Asimismo, es necesario el ánimo de lucro en la conducta del agente.

4.4. Consumación y tentativa

El delito de tráfico de influencias es un tipo penal de **consumación instantánea**, la misma que se produce cuando el sujeto activo recibe el donativo, o cuando se produce la promesa de entrega del donativo, ventaja o beneficio.

Hay que tomar en cuenta que los **medios corruptores** aportados por el interesado deberán hallarse en **vinculación directa** con el ofrecimiento hecho por el traficante de interceder ante los funcionarios o servidores que la norma penal consigna. De no existir ofrecimiento de intercesión y sí la entrega del donativo, ventaja o promesa, se estará ante un acto de irrelevancia penal. Igualmente si el sujeto público ofrece interceder o intercede sin que exista de por medio instrumento corruptor no podrá configurarse esta modalidad especial de corrupción, quedando atípica la figura.

4.5. Penalidad

- Pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años más inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal, según lo dispuesto por el artículo 426° del Código Penal y tomando en cuenta la calidad particular del sujeto activo. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.
- Pena privativa de la libertad no menor de 4 ni mayor de 8 años cuando el agente es funcionario o servidor público más inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

5. Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2.ª ed., Palestra, Lima, 2001.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de enriquecimiento ilícito*, Idemsa, Lima, 2001.
- GUIMARAY MORI, Erick, “El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad”, en MONTTOYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.
- HURTADO POZO, José, “Interpretación y aplicación del artículo 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”, en

Anuario de Derecho Penal 2005, Lima, 2005. Disponible en línea: <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_12.pdf>.

MONTOYA VIVANCO, Yvan, “El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión”, en MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

NOVOA CURICH, Yvana y Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, “Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional”, en MONTOYA VIVANCO, Yvan (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012.

SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico”, en *Actualidad Penal*, vol. 17, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

SAN MARTÍN CASTRO, César, Dino Carlos CARO CORIA y José REAÑO PESCHEIRA, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Jurista, Lima, 2002.

GLOSARIOS

jurisprudencial y de términos jurídicos
básicos en delitos contra la administración
pública cometidos por funcionarios públicos

GLOSARIO JURISPRUDENCIAL

en delitos contra la administración pública cometida por funcionarios públicos

Abuso de autoridad (Causar perjuicio). [El] delito de abuso de autoridad en su modalidad de omisión y rehusamiento o demora en los actos funcionales regulado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, [...] establece [que]: “el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto a cargo [...]”, es de agregar que este último ilícito se configura cuando el funcionario público incurre en actos comprendidos dentro de los verbos rectores mencionados, pero que son propios de su actividad funcional, debiendo su conducta causar un perjuicio a alguien. (*R. N. N.º 231-2011-Tacna, considerando cuarto (Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 21-22).

Abuso de autoridad (Configuración). Para que se configure el delito de abuso de autoridad, la conducta ilícita, debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la administración pública, consiguientemente determinan la forma

y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas libremente. (R. N. N.º 2240-2002-Arequipa, *Ejecutoria Suprema del 6 de agosto de 2003. En Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 75, Lima, 2004, p. 266).

Abuso de autoridad (Diferencia con el delito de usurpación de autoridad). El funcionario público que abusando de sus funciones ordene o cometa un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otro o haga mal uso de su función comete delito de *abuso de autoridad*. El delito de *usurpación de autoridad* consiste en el ejercicio ilegítimo de la autoridad pública, esto es, que se asuma o ejerza funciones públicas sin título o nombramiento expedido por autoridad competente. (*Ejecutoria Suprema emitida el 12 de mayo de 1993. Exp. N.º 1971-92 [Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, PUCP, Lima, 2014, p. 17]*).

Abuso de autoridad (Objeto jurídico de tutela penal). 1. El delito de abuso de autoridad tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido que las funciones de las que están investidos los funcionarios no sean utilizadas por estos para la comisión de hechos ilícitos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares. (*Exp. N.º 137-98, Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de Lima del 18 de marzo de 1998. En Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal, PUCP, Lima, 2014, p. 15*). // 2. Que, el artículo 376º del Código Penal, por el que se procesa al imputado contiene el delito de abuso de autoridad, el cual tiene como objeto jurídico de tutela penal el interés público, en el sentido de que las funciones de las que están investidos los funcionarios públicos no sean utilizados por estos para la comisión de hechos ilegítimos en perjuicio de los derechos reconocidos por las leyes a los particulares; nuestra normatividad sanciona que el funcionario público que

abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera. (*Exp. N.º 7362-97, sentencia emitida por la Sala Penal Nacional el 18 de marzo de 1998. En Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, PUCP, Lima, 2014, p. 15).

Abuso de autoridad (Obrar *in fraudem legis*). Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario con- cernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal —afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejer- citado— y, fundamentalmente, con conocimiento de esa false- dad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corres- ponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia. (*Exp. N.º 20-2003-A.V., Sala Pena Espe- cial. Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005 [Caso “Mobetek”], f. j. 32*).

Abuso de autoridad (Tipificación). Esa conducta fue tipificada como delito de abuso de autoridad, previsto en el artículo 376 del Código Penal, que sanciona al funcionario público que en abuso de sus atribuciones, ordena un acto arbitrario en perjui- cio de alguien. De la lectura de este tipo penal se advierten tres aspectos concretos: a) Un acto abusivo o arbitrario en perjuicio de tercero. b) La existencia de una orden emanada del agente especial del delito. c) La presencia del componente subjetivo, el dolo, en la conducta del funcionario público. Esto quiere decir, que actúe con voluntad y con el conocimiento de que abusa de las atribuciones que posee, en infracción de las leyes y reglamentos [...]. Cabe acotar que *no es un acto arbitrario* la conducta del agente que está amparada por la ley o se encuen-

tra fundamentada en una decisión discrecional, ajustada a los principios del derecho, la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, también podría concurrir en un error de tipo, por desconocimiento de que el acto era ilegal y abusivo; en tanto esta circunstancia es un elemento determinante de la tipicidad concreta del delito en cuestión. (*Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 2013, R. Q. N.º 17-2013*).

Administración Pública (como bien jurídico). [...] [No] solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39º y 41º de la Constitución (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N.º 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N.º 58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece 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*” (subrayado nuestro). (Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, Lima. Asunto: *Ley que modifica el Código penal respecto de los delitos contra la administración pública*, f. j. 16).

Caudales o efectos. 1. Los libros contables supuestamente apoderados por los citados encausados no constituyen *caudales o efectos* —objeto material del delito de peculado—, pues, conforme lo ha señalado la doctrina nacional y extranjera de manera uná-

nime, ello comprende fundamentalmente al dinero u otros objetos dotados de valor económico, y los *efectos* comprenden a los documentos de crédito —valores en papel, título, sellos, estampillas— emanados de entidad estatal, que representan valores económicos y tiene carácter de negociables, tal como coinciden en tal criterio numerosos autores tanto nacionales como extranjeros; calidad que no tiene los libros contables por no ser susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —SUNAT— con fines contables o de administración. (*Ejecutoria Suprema del 26 de mayo de 1998, R. N. N.º 4174-96, Junín*). II 2. [...] e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (*Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7*).

Cohecho. 1. [El] delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público (sujeto activo) acepta o recibe una para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del dinero, como en este caso, 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, de la promesa 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, Segunda Sala*

Penal Transitoria, R. N. N.º 1406-2007-Callao, considerando quinto). // **2.** El interés a cuya protección se ha tipificado el delito in comento, en términos genéricos, es el “funcionamiento normal de la administración, que puede verse amenazado por la sola existencia [...] de la venalidad, aún ejercida con relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento. En el cohecho pasivo propio, el objeto específico de tutela es el principio de imparcialidad y probidad. (*Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011*).

Cohecho pasivo propio. Que el delito de Cohecho Pasivo Propio, previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, abarca, en sus distintos párrafos, diversas modalidades comisivas, que a su vez, irrogan distintas consecuencias jurídicas penales, en virtud de la mayor o menor intensidad del injusto en cada una de aquellas modalidades de comportamientos lesivos a la Administración Pública. Así, el delito de Cohecho Pasivo Propio, recoge: a) la modalidad comisiva prevista en el primer párrafo del código Penal, referida a “aceptar” o “recibir” donativo, promesa o cualquier otra ventaja, lo que se produce, respectivamente, ante el solo ofrecimiento que realiza el agente corruptor (*extraneus*); o ante la materialización de dicho ofrecimiento mediante la entrega que realiza el sujeto corruptor, y en el que el sujeto *intraneus* (funcionario o servidor público) percibe o recibe el donativo o cualquier ventaja o beneficio, a cambio de la realización de una conducta que contraría las obligaciones que le impone el cargo público que ostenta, apreciándose en tal supuesto la bilateralidad del evento, puesto que ambos sujetos intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) hacen confluir sus conductas en la entrega por una parte y en la recepción por otra de dicho medio corruptor; b) la prevista en el segundo

párrafo: cuya acción típica se concentra en el verbo rector “solicitar”, el cual implica una actuación unilateral que surge del fuero interno del agente público y se despliega a través de su actuación requirente, al solicitar al sujeto particular una ventaja indebida en aras de practicar un acto en violación de sus funciones; y c) la modalidad recogida en el tercer párrafo, la que se encuentra constituida por el verbo legal “condicionar”, supuesto este último en el que el sujeto activo, también a través de una actuación unilateral como en la modalidad anterior, supedita la ejecución del acto legítimo e inherente al cargo que desempeña el agente público a una contraprestación a favor de este último, requiriéndose una vinculación causal entre la entrega material o promesa de donativo o ventaja y el desarrollo de las funciones públicas propias del funcionario o servidor público que a raíz de dicho medio corruptor se impulsó a su ejecución. (*Ejecutoria suprema de 11 de marzo del 2011, R. N. N.º 2667-2010-Arequipa, Primera Sala Penal Transitoria, considerando quinto*).

Cohecho pasivo propio (Consumación). Que, el delito de corrupción de funcionarios —cohecho pasivo propio— en agravio del Estado se encuentra previsto en nuestro ordenamiento legal en el artículo trescientos noventa y tres del Código Penal, y la describe entendiéndosela como la aceptación hecha por un funcionario público, por la persona encargada de un servicio público para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito, un funcionario público, debe omitir o retardar un acto ilegítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional; siendo una de las características de dicho tipo penal, solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa, ni el acto inde-

bido. (*Ejecutoria Suprema emitida el 16 de mayo de 2003, R. N. N.º 14-2001-Lima, considerando tercero* [Anales Judiciales, Año Judicial 2003, T. XCII, pp. 31-32]).

Cohecho pasivo propio (Sujeto activo). El sujeto activo puede ser cualquier funcionario o servidor público que actúe proveyendo competencia genérica en razón del cargo o función. Incluso los jueces, fiscales, etc., cuando el supuesto de hecho imputado excede los marcos de tipicidad. Como se observa aquí la vinculación funcional posee una naturaleza flexible y amplia. No puede ser sujeto activo el particular pues se trata de un tipo especial propio imputable solo al funcionario o servidor. El autor de cohecho pasivo propio puede ser único o a título colegiado si todos resultan involucrados (coautores). (*Exp. N.º 038-2006, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima el 5 de julio de 2011*).

Cohecho pasivo propio (Verbo rector). [El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema:] CUARTO: Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393º del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término “*aceptar*”, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funciona-

rio o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al *extraneus* que corrompe a aquel funcionario. (*Acuerdo Plenario N.º 1-2005/ESV-22, f. j. 7, que constituye precedente vinculante a la R. N. N.º 1091-2004-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria, de 22 de marzo del 2005, considerando cuarto*).

Colusión (Delito de encuentro). [La] colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación. (*Sentencia de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N.º 30-20103 del 7 de noviembre de 2011 [Caso Cofopri]*).

Colusión (Determinación indiciaria de la concertación). 1. La Sala Suprema determinó la existencia de una concertación defraudadora entre los acusados AAA y BBB, ambos de CTAR Ucayali, con las empresas EEE Servicios Ingeniería y Construcción SA y Constructora FFF EIRL a partir de los siguientes *indicios*: (i) El Comité Especial convocó a 06 procesos de selección de Adjudicación Directa y de Menor Cuantía de las Obras Públicas, invitando únicamente a dos firmas. (ii) Las empresas beneficiadas no se encontraban registradas en la base de datos del Registro Nacional de Contratistas ni como Ejecutor ni consultor de obras. (iii) Sobre la necesidad de ejecución de las obras de construcción de cunetas y desencalamiento en tres casos fueron falsos y en los otros no existieron. (iv) La empresa contratista

constructora FFF EIRL se encontraba suspendida temporalmente en los registros de Sunat. (v) Las seis obras fueron canceladas íntegramente pese a que no existían físicamente. (*R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, de 2 de abril de 2014, considerando tercero* [*Actualidad Penal*, vol. 11, Lima, Instituto Pacífico, 2015, pp. 188-194]). // **2.** Se tiene que no está probado en autos la necesidad y urgencia en la contratación de servicios, materia de los seis contratos cuestionados, menos aún su aplicación práctica; por el contrario, *existen indicios concurrentes y plurales* que acreditarían la concertación con las empresas favorecidas, siendo estos: a) la falta de instalación de un comité de adjudicación, conforme lo establece el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; b) el hecho de no haber estado incluido en el presupuesto de la entidad agraviada para su ejecución, entre otras irregularidades administrativas que se contraponen a la ley. (*Ejecutoria suprema del 26 de agosto de 2009, R. N. N.º 2473-2009 Lima Norte* [*Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.º 18, Lima, 2010, p. 79]). // **3.** Del análisis efectuado al expediente, se colige que no ha llegado a acreditarse la responsabilidad penal del encausado en el delito de concusión, por cuanto existe en su contra cargos basados únicamente en imputaciones formuladas por su coencausado, las cuales no han podido ser corroboradas con otras pruebas idóneas, deviniendo estas en endeble, más aún si se tiene en cuenta el grado de enemistad que guarda este último con el encausado, quien a lo largo de todo el proceso ha refutado uniformemente tales imputaciones; concluyéndose en el sentido que existen fundadas dudas respecto a la culpabilidad de este encausado, encontrándonos frente a simples presunciones e imputaciones que no son suficientes para sustentar una sentencia condenatoria. (*Ejecutoria suprema del 26 de diciembre de 1994, Exp. N.º 8491-94-B Áncash* [GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1996, T. II, p. 332]).

Colusión (No acreditación del acuerdo colusorio). 1. Que, consecuentemente, *no existiendo medio probatorio suficiente* que produzca certeza respecto a la existencia *de un concierto de voluntades* entre el representante legal de la empresa ‘Ferretera Agrícola Sociedad Anónima’ y los procesados Arbildo Quiroz y Casas Casas, no se ha destruido la presunción de inocencia que a estos les asiste, de conformidad con el literal e, inciso veinticuatro, del artículo dos de la Constitución Política del Estado, por lo que corresponde revertir el fallo condenatorio dictado en su contra y disponer su absolución. (*R. N. N.º 2421-2014-Cajamarca*). //

2. Para la configuración del delito de concusión en la modalidad de concertación ilegal con los interesados, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; b) perjudicar a un tercero, en este caso al Estado; c) mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que en la presente causa de la revisión de los autos se advierte que *no ha existido ningún acuerdo ilícito* para poder aprovecharse económicamente, advirtiéndose más bien una responsabilidad de carácter administrativo, en consecuencia, la conducta del procesado es atípica, lo que es corroborado con los informes de evaluación contable de la documentación sustentatoria y técnica de la inversión en la ejecución del citado proyecto, que han servido de base para que la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República denuncie los hechos ante el Ministerio Público, no precisando si el procesado tuvo participación en las irregularidades que en ella se señalan. (*Ejecutoria suprema del 16 de mayo de 2003. R. N. N.º 3611-2002 Huánuco* [URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 634]).

Colusión de resultado (Comportamiento típico). Que, la colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado,

que busca proteger el patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, *constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonial potencial o real para la administración*; que, en ese orden de ideas, resulta que el traslado en avión Focker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacia Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuirseles la comisión de este delito. (*Ejecutoria Suprema del 15-02-2003, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios, fundamento sexto*).

Colusión desleal (Autoría). Así, en el supuesto ahora sometido a análisis, es de subrayar que los referidos no se encuentran revestidos de la condición especial que exige el delito de colusión desleal, dado que, *no cualquier persona puede ser autor*, sino exclusivamente los funcionarios públicos, que por razón de su cargo, representan al Estado en alguno de los negocios jurídicos administrativos señalados en el artículo 384º del Código de 1991, posición que también es asumida por el máximo intérprete de la Constitución [...]” (*R. N. N.º 1458-2012-Ica*).

Colusión desleal (Contratación estatal). 12. La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y

el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. [...] 16. [...] [La] eficiencia y transparencia en el manejo de recursos, así como la imparcialidad y el trato igualitario frente a los postores, son los objetivos principales de las adquisiciones estatales, y constituyen la esencia de lo dispuesto en el artículo bajo análisis [artículo 76 de la Constitución]" (*Exp. N.º 020-2003-AI/TC*, ff. jj. 12 y 16).

Colusión desleal (Núcleo rector). El núcleo rector del delito de colusión desleal consiste en que el sujeto activo *quebranta la función especial* asumida y viola el principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado. (*Ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009. R. N. N.º 4661-2007 Ucayali* [*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 12, Lima, 2010, p. 192]).

Concusión (Abuso del cargo). 1. [En] la concusión, quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, exige a la víctima prestar la cosa como consecuencia del terror infundido y no por otra causa, que no se ha llegado a establecer que el procesado haya compelido a los servidores de la municipalidad a pagar beneficios que no le correspondían [...]. (*Ejecutoria suprema del 26 de mayo del 2005. R. N. N.º 3448-2004-Ancash, considerando octavo* [*Anales Judiciales*, Año Judicial 2005, T. XCIV, pp. 45-48]).
// 2. En autos se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito contra la Administración Pública en su modalidad de concusión así como la responsabilidad del procesado Lisandro César del Rosario Pomar, no sólo por la sindicación del agraviado Férreos Vásquez Arroyo, sino también por las demás pruebas

actuadas que valoradas en forma integral crean convicción de la responsabilidad del encausado, debiéndose precisar que entre los medios probatorios que conllevan a tal determinación destacan las actas en las que se verificó que los cinco billetes de diez nuevos soles previamente fotocopiados y entregados por el agraviado, se encontró en poder del encausado, y la meditación de éste en presencia del Representante del Ministerio Público, que acepta haber recibido dicho dinero por estar atravesando una situación económica difícil [...]. Asimismo, el delito de Concusión se encuentra tipificado en el artículo 382° del Código Penal, y sanciona al funcionario público que aprovechándose de manera abusiva de su cargo obtiene un beneficio patrimonial; situación que probadamente ha sido cometida por el encausado, careciendo de relevancia el resultado del trámite. (*R. N. N.º 4470-2005 de 18.09.2006. Segunda Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia*. [URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia: 2006-2010*, Idemsa, Lima, 2011, T. II, p. 697]).

Concusión (Comportamientos típicos). Que con relación al delito de concusión, al analizar los cargos imputados no es posible subsumirlos en los alcances de tipicidad del artículo 382° del Código Penal, pues para ello se requiere: i) que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público, pero esta calidad no es formal sino funcional, esto es, en el ejercicio de actos inherentes a su competencia; ii) que el funcionario haga abuso de su cargo, es decir, efectúe un mal uso de la calidad que le ha sido otorgada, o ejercer el cargo de forma contraria a la encomendada, iii) que este abuso del cargo incida sobre la voluntad del agente, viciando la misma, convirtiéndose en un constreñimiento o en una inducción, es decir, conlleva el uso de violencia, la que es ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad, de modo que acceda a sus ilegítimas pretensiones, según el tipo penal sub judice: entregar, transferir algo a alguien —o prometer—

efectuar un ofrecimiento a futuro —en forma indebida—, prestación sin sustento alguno —un bien o beneficio patrimonial para sí o para otro—, es decir que la prestación ilícitamente obtenida puede tener como destinatario tanto al sujeto activo o para una tercera persona. (*R. N. N.º 1601-2006-Huaura de 28.01.2009* [*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 12, Lima, 2010, p. 199]).

Concusión (Configuración). El delito de concusión, para su configuración requiere que el sujeto activo, además de ejercer los actos que son propios de una autoridad pública le atribuya el carácter oficial a dicha conducta, lo cual no ha sido demostrado en el presente proceso, por cuanto la conducta desplegada por el citado justiciable fue la de contratar los servicios de la sociedad auditora con el objeto que realice un diagnóstico situacional de los sistemas administrativos de la agraviada, sin que dicho servicio corresponda a una auditoría general que requiere la autorización de la Contraloría General de la República y que expresamente es señalado por la sociedad contratada, situación que determina que no se configure el delito anotado. (*Ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2002. Exp. N.º 4050-2002 Cono Norte de Lima* [URQUIZO OLAECHEA, José / CASTILLO ALVA, José / SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Jurisprudencia penal*, Lima, Jurista, 2005, p. 624]).

Destinatario para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. (*Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, f. j. 7*).

Efectos. Ver *Caudales o efectos*.

Enriquecimiento ilícito. 1. Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse [...] se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal. (*Casación N.º 343-2012-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de abril de 2013. Ver texto en: <bit.ly/1PVnQsG>*). // **2.** [Dicho] ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derecho o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o disminución de pasivos que integran patrimonio. (*R. N. N.º 847-2006-Lima, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de octubre de 2006*). // **3.** Consiguientemente, el incremento patrimonial ilícito, precedentemente descrito en el análisis probatorio, con sus particularidades fácticas en cuanto a origen, tipo de configuración y dinámica que denotan un proceso fáctico complejo de resultados típicos ininterrumpidos y a lo largo de un marco temporal bastante prolongado, donde que la situación antijurídica generada acentuada en el año 1995 no cesó sino hasta el año 2000, evidentemente, se corresponde con la estructura dogmática del delito permanente. (*Exp. N.º 004-2001, sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima el 9 de febrero de 2010*). // **4.** Sí es necesaria la configuración de

una relación de causalidad, toda vez que por la naturaleza del ilícito, el funcionario debe haber hecho uso de su cargo para incrementar ilícitamente su patrimonio [...]. El Ministerio Público debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el periodo que tuvo dicha condición. (*Pleno Jurisdiccional Nacional Penal del 21 de junio de 2008, Lima, Tema II*).

Exacción (Comportamientos típicos). 1. El tipo penal descrito en el artículo 383° del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o *emolumentos no debidos* o en cantidad que exceda a la tarifa legal; es decir, que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio. (*Ejecutoria suprema del 29 de setiembre de 1999. Exp. N.º 4628-98 Ancash [Revista Peruana de Jurisprudencia, Año II, N.º 3, Trujillo, 2000, p. 394]*). // 2. El delito de *exacción ilegal*, contemplado en el artículo 383° del Código Penal, se refiere, no sólo a los funcionarios o servidores públicos que perciben ingresos de fuentes particulares sino en general a todo sujeto público que pueda abusar de su cargo para *exigir o hacerse dar contribuciones, indemnizaciones o emolumentos no debidos* y que excedan la tarifa legal; refiriéndose sobre todo al pago de aranceles; siendo ello así, en el presente proceso no se configuran los requisitos exigidos por el mencionado tipo penal, ya que lo que había solicitado el acusado no era un arancel con tarifa establecida por ley sino una subvención, por lo que debe absolverse al procesado por dicho delito. (*Ejecutoria suprema del 1 de octubre de 2004. Exp. N.º 83-2004 Ancash. [Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 215]*). // 3. El *concepto de exacción* alude a una exigencia indebida y arbitraria que puede ser explícita o encubierta (implícita); en la primera el agente no oculta a la víctima que le está exigiendo algo arbitrariamente y puede decirse por tanto que lo

“extorsiona” con un acto de autoridad injusto. En la segunda, oculta la arbitrariedad bajo una mentirosa procedencia jurídica de lo que exige, engaña al sujeto pasivo sobre la dimensión de su deber con respecto a lo que debe entregar; en ambos casos media un abuso de autoridad con el cual el funcionario público coloca a la víctima ante la opción de entrega o de afrontar otras consecuencias. (*Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1998. Exp. N.º 1380-98 Piura* [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N.º 4, Trujillo, 2000, p. 398]).

Exacción (Configuración). 1. El encausado tiene la calidad de funcionario público para efectos penales, por cuanto se desempeñaba como administrador de un organismo del Estado (Empa Tumbes S.A), y si bien admitió haber recibido de parte del usuario la suma de cien nuevos soles para la regularización del servicio de agua, explicó que así lo hizo porque desconocía la tarifa exacta por dicho servicio, pero que al tener conocimiento de la tarifa devolvió el saldo al usuario, quien incluso señaló que la cantidad de dinero que entregó no le pareció excesiva. (*Ejecutoria suprema del 21 de octubre de 2010. R. N. N.º 32788-2008 Tumbes* [*Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 11, Lima, 2010, p. 209]). // 2. Que el delito de concusión, en su modalidad de cobro indebido, previsto en el artículo 383º del Código Penal, establece entre otros que el funcionario mediante intimidación tácita de la condición que le asiste, exige el pago o entrega de alguna contribución u honorarios no debidos; que en el citado ilícito, la voluntad del agente debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener beneficio (ejecutoria). (*Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco* [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 124]). // 3. Que los hechos no se subsumen dentro del tipo penal señalado por el artículo 383º del Código penal, puesto que para su configuración se requiere como elemento objetivo que el fun-

cionario o servidor público abusando de su cargo, exija pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que exceda la tarifa legal, situación que no se da puesto que el mencionado incremento se dio mediante un acuerdo municipal, acuerdo que es atribución de los denunciados, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades; de lo que se colige que no se obligó al funcionario público sino que de mutuo propio y en razón de los informes realizados por la contadora decidieron al respecto; que, el principio de legalidad exige que para el juicio de tipicidad deben concurrir necesariamente los elementos subjetivos y objetivos del tipo, que en los de análisis no concurren ninguno ni otro, pues como se ha señalado, los procesados no obligaron a ningún funcionario público a entregar contribuciones ni emolumentos no debidos, y si acordaron el pago referido en la denuncia esto se debió al informe contable que con carácter de asesoramiento presentó la Contadora, es decir que los procesados no tuvieron conocimiento exacto que el acuerdo transgredía la Ley de Presupuesto General de la República (Dictamen fiscal supremo). (*Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2002. Exp. N.º 861-2002 Cusco* [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, pp. 124 y 126]). // 4. En el caso sub materia, los cargos formulados al encausado no se han acreditado de modo alguno, en principio, por cuanto para que se configure el delito de cobro indebido, el tipo penal exige que la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio, lo que no concurre en autos, toda vez que los montos percibidos por el acusado, aparte de su remuneración como docente, provenientes de los recursos propios de la unidad de post grado de la Facultad de Educación han sido otorgados en mérito a una resolución rectoral y a lo dispuesto por la ley de presupuesto del sector público. (*Ejecutoria suprema del 12 de julio de 2010. Exp. N.º 2916-2001 Lima*

(SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 149).

Informes de control. Es evidente que la prueba pericial es de carácter compleja; y, más allá de los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República —cuando emite los denominados ‘Informes Especiales’—, que gozan de una presunción *iuris tantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia], consta de tres elementos: a) el reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado), b) el dictamen o informe pericial —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y c) el examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral. (*Acuerdo Plenario N.º 2-2007-CJ/116, de 16 de noviembre del 2007, f. j. 7*).

Infracción de deber. 9. [...] Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales [...] que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del *autor* —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. El autor del delito —*de infracción de deber*— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel *funcionario o servidor público* que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en

relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. (*Acuerdo Plenario N.º 2-2011-CJ/116, de 6 de diciembre del 2011, f. j. 9*).

Ne bis in ídem. Que el principio de *ne bis in ídem* contempla el contenido material y procesal y debe contener como presupuesto un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; que, además, se admite la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir, si son bienes jurídicos distintos, si el interés jurídicamente protegido por la infracción administrativa sea distinto al de la infracción penal, que, en este supuesto, *la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa* en que incurrió el funcionario por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria porque *ambos ordenamientos jurídicos cumplen distintos fines* o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes —posibilidad que admite el artículo doscientos cuarenta y tres de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos cuarenta y cuatro—; el procedimiento administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una conducta funcional, mientras que el proceso penal conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal, como así lo reconoce también el Tribunal Constitucional en sus sentencias de fechas dieciséis de abril de dos mil tres, veinticuatro y veinticinco de noviembre y veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitidas en los expedientes números veinte cincuenta-dos mil dos-AA/TC,

veintiocho sesenta y ocho-dos mil cuatro-AA/TC, veintitrés veintidós-dos mil cuatro-AA/TC, treinta y uno noventa y cuatro-dos mil cuatro-HC/TC, respectivamente. (*Acuerdo Plenario N.º 1-2007/ESV-22, del 16.11.2007, f. j. 10, que constituye precedente vinculante a la R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque, Sala Penal Permanente, de 7 de junio del 2006, considerando sexto*).

Negociación incompatible. Que, conforme al Acuerdo Plenario N.º 1-2010-CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, la aludida disposición de la Parte General se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del Código Penal. Empero, no todos los delitos allí comprendidos tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público. El delito de negociación incompatible es uno de peligro, que no exige la irrogación de un perjuicio patrimonial concreto a la Administración Pública, por lo que basta la inobservancia de la imparcialidad requerida por la norma penal —importa un adelantamiento de las barreras del derecho penal con el objeto de prevenir que el funcionario o servidor público atente contra el patrimonio estatal aprovechándose de la función pública—. Lo que se tutela en este delito es, por consiguiente, 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. Siendo así, por su propia configuración e, incluso, por su ubicación en la Sección IV referida a los delitos de corrupción de funcionarios, es un tipo legal que no protege directamente el patrimonio del Estado, por lo que no es parte *in fine* del Código Penal. (*R. N. N.º 2068-2012-Lima, Sala Penal Transitoria, de 19 de abril del 2013*).

Negociación incompatible (“Interesar”). En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema sostiene que “el delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término *interesar*, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros”. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa [...]. (*R. N. N.º 253-2012-Piura, de 13 de febrero del 2013*).

Negociación incompatible (“Interesarse indebidamente”). [El *interesarse indebidamente* debe entenderse como un] desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública; por lo tanto, es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido. (*R. N. N.º 373-2007-Lima, de 4 de julio del 2007*).

Negociación incompatible (Interés simulado). 1. [Entendemos por] interés simulado el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente público o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administra-

ción pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. (*R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque, de 11 de agosto de 2012*). // **2.** [Se] considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son intereses particulares o personales. (*R. N. N.º 2270-2011-Piura, de 12 de setiembre de 2012*).

Negociación incompatible (Tipicidad). [La] colusión sanciona la bilateralidad en un acuerdo, donde los intereses personales (tanto del servidor público como el particular) se superponen al interés prestacional o comunitario que el Estado representa. [...] [El delito de negociación incompatible] a diferencia del de colusión no exige concertación, es decir, no se requiere bilateralidad. De hecho, si se sanciona un ilegal interés que responde a criterios distintos a los que inspiran la correcta administración pública [...] es porque se desvalora, al igual que en la colusión, un injusto funcional, sin que medien actos de concertación. (*Expediente N.º 30-2010 del 07-11-2011, de la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima*).

Patrocinio ilegal (Carta de recomendación). Una carta de recomendación por sí misma no reúne las características de tipicidad exigidas por el artículo 385º del Código Penal, pues dicho tipo penal requiere, que el sujeto activo del delito patrocine intereses de particulares ante la administración pública, entendiéndose ello como el asesoramiento o defensa traducidos en diversidad de actos, que denoten una intervención directa y concreta a favor de intereses particulares que el funcionario o servidor efectúe. (*Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1998, Exp. N.º 6315-97, Lima* [ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 656]).

Patrocinio ilegal (Valerse del cargo). El primer elemento a valorar es el ‘valerse del cargo’, que en el tipo penal ha sido descrito como de la calidad de funcionario o servidor público. El acceso de una persona a la función o al servicio público le da una serie de prerrogativas que lo colocan —con relación a un particular— en una posición privilegiada al interior de la administración pública. [...]. El segundo elemento normativo a interpretar es el ‘patrocinio de intereses de particulares’. La acción de patrocinar implica todo un suceso que permita la mejora de una determinada situación jurídica, la cual puede expresarse en el asesoramiento o en la defensa. [...]. El patrocinio al que se refiere este artículo tiene una inmediata conexión con un interés de un particular ante la administración pública. Por ‘interés del particular’ se hace referencia directa de todo aquello que pueda ser pretendido por una persona que no pertenezca a la administración pública. [...]. (*Casación N.º 226-2012-Lima, de 26 de setiembre de 2013, décimo segundo y décimo tercero considerandos. Ver texto en: <bit.ly/1QbYVRC>.*)

Peculado (Cómo probarlo). 1. Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito. (*Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, R. N. N.º 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema*). // 2. En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador

de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal. (*Ejecutoria Suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N.º 3858-2001-La Libertad* [SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, 2004, p. 346]).

Peculado (Consumación y tentativa). Que, igualmente en cuanto al delito de malversación de fondos previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del acotado cuerpo legal, si bien es cierto que exige como uno de sus presupuestos que se dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que estaban destinados, también lo es, que para la configuración del mismo se incluye como elemento típico que la conducta tienda a la afectación del servicio o de la función encomendada; de ahí que la malversación de fondos sea un delito de resultado, ya que de lo contrario estaríamos ante una infracción administrativa no advirtiéndose de autos que se haya afectado el servicio; que siendo esto así, resulta procedente disponer la absolución de los precitados encausados por los delitos materia de impugnación, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. (*Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2003, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R. N. N.º 79-2003, Madre de Dios*).

Peculado (Definición y estructura típica). 6. El artículo 387º del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que “*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...*”; en segundo

lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “*Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...*”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...” (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. 7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener cier-

tos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una *relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c) *Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d) *El destinatario para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (*Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, ff. jj. 6 y 7*).

Peculado (Distinción típica del delito de rehusamiento a la entrega de bienes frente al delito de peculado por extensión). QUIN-
to: Que en el denominado delito de peculado por extensión o

“peculado impropio”, los verbos rectores alternativos del comportamiento típico son apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizan es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado. SEXTO: Que en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, tipificado por el artículo 391 del Código Penal, el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente [...]. Por tanto, en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un *animus rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado. (*Ejecutoria Suprema del 13 de enero del 2005, R. N. N.º 2212-2004-Lambayeque, considerandos quinto y sexto. Precedente vinculante*).

Peculado culposo. 1. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de

caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente. // **2.** En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como: a) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público. b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. (*Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ/116, de 30 de setiembre del 2005, ff. jj. 8 y 9*).

Peculado culposo (Estructura). Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno —que es precisamente lo que se imputa al citado— actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales —en este caso—, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal [...] y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo

Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: "...Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. (R. N. N.º 4500-2005-Junín, de 6 de setiembre del 2007, considerando cuarto. Véase el texto en <bit.ly/1l3F4at>. Dicho considerando constituye precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo).

Peculado culposo (Reconducción del título de condena por parte del Tribunal Supremo del delito de peculado doloso a peculado culposo). Ante los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario que vincularon al Rector de la Universidad Nacional San Agustín, éste tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad, en razón, de ser el máximo representante de la citada casa de estudios y, por tanto, el deber de ser una persona razonable y cuidadosa por el alto cargo que desempeñaba (...). Admitir, que se tiene que cumplir todos los acuerdos arribados por el Consejo Universitario sin ingresar a calificar si estos son o no lícitos, llegaríamos al absurdo que acuerdos que atenten contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad no podrían ser sancionados penalmente y con ello generar impunidad, lo que está proscrito bajo el principio de que el error no genera derecho y por lo prescrito por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil (abuso del derecho) aplicable supletoriamente al presente caso. En ese sentido, este Colegiado considera pertinente reconducir lo que el

Colegiado Superior consideró (peculado doloso) al peculado en su forma culposa (...). (*Casación N.º 244-2013-Arequipa, de 11 de febrero del 2014, considerandos octavo y noveno. Véase el texto en <bit.ly/1YVMQBF>*).

Peculado por apropiación. Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento. (*Ejecutoria Suprema del 26 de junio de 2003, R. N. N.º 2337-2001, Lima* [ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada: 2001-2003*, Idemsa, Lima, 2005, T. II, p. 321]).

Prescripción (Criterios para su duplicidad). 15. Si el *fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado* realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: A. Que exista una *relación funcional* entre el *agente infractor* especial del delito —funcionario o servidor público— y el *patrimonio* del Estado. B. El *vínculo del funcionario* o servidor público *con el patrimonio del Estado* implica que este ejerza

o pueda ejercer actos de administración, percepción o a custodia sobre bienes públicos. C. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcional [sic] una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía. 16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal. (*Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, ff. jj. 15-16*).

Tráfico de influencias (“Interceder”). El tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo cuatrocientos del Código Penal sanciona a quien invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté o conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, tenemos: a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase “invocando influencias con el ofrecimiento de interceder”, esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción. b) Las frases “recibir, hacer dar o prometer” configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. c) “Donativo, promesa o cualquier ventaja”, son los medios corruptores. d) “Con el ofrecimiento de [...]” constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita. (*Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre*

de 2015. Sala Penal Permanente. Casación N.º 374-2015-Lima [caso Aurelio Pastor Valdivieso], considerando décimo primero. Ver texto en: <bit.ly/1LJNusE>).

Tráfico de influencias simuladas. DÉCIMO SEGUNDO. El delito de tráfico de influencias simuladas es de peligro y de simple actividad que significa: i) Atribuirse poseer influencias ante un funcionario o servidor público será un acto preparatorio del delito. ii) El tráfico de la propia mediación ofrecimiento de interceder, es un acto ejecutivo. iii) La recepción del dinero, utilidad o promesa, es un acto de consumación. En el presente caso —tráfico de influencias simuladas— se debe precisar que los actos realizados luego de la consumación, es decir, el hecho que no se haya apersonado a los procesos en trámite, no presentado escritos, recursos o informes, no son punibles como actos de tráfico de influencias, de ahí que el análisis de la conducta del imputado por este delito sólo corresponde al acto de traficar que realiza el autor sobre un particular, es decir, limitado por el núcleo rector. DÉCIMO TERCERO. Este verbo rector, de invocar influencias con el ofrecimiento de interceder, por lo general obedece a propuestas expresas efectuadas directamente por el traficante al interesado, las cuales consistirían en la afirmación o la atribución que el sujeto tendría la capacidad de influir en un funcionario público, es decir, el agente sin legitimidad para obrar invoca la capacidad o posibilidad de orientar o manipular la conducta de este en una dirección determinada. Estos ofrecimientos y los actos que derivan de ello, por máximas de la experiencia se realizan subrepticamente, de forma clandestina no pública. DÉCIMO CUARTO. Al cumplirse con esta conducta, se estaría realizando los actos ejecutivos del delito de tráfico de influencias simuladas. Sobre ello, han existido una serie de cuestionamientos, José Hurtado Pozo, Fidel Rojas Vargas, Peña Cabrera y Muñoz Conde, entre otros, señalan que el peligro de perturbar de manera efectiva la decisión de parte de un funcio-

nario o servidor público al ser muy lejano y en ocasiones vacuo, contravendría el principio de subsidiariedad del Derecho Penal. DÉCIMO QUINTO. De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración Pública, ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración Pública y de forma mediata su regular funcionamiento. Esta mínima lesividad de los actos que se tipifican en el delito de tráfico de influencias simuladas, por la ineficacia a la afectación del bien jurídico citado, se deben de tomar en cuenta al momento de efectuar alguna interpretación, de conformidad con el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal (principio de *ultima ratio*). (*Ejecutoria Suprema emitida el 13 de noviembre de 2015. Sala Penal Permanente. Casación N.º 374-2015-Lima [caso Aurelio Pastor Valdivieso], considerandos décimo primero al décimo quinto. Ver texto en: <bit.ly/1LJNusE>*).

GLOSARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS BÁSICOS

en delitos contra la administración
pública cometida por funcionarios públicos

Abandono del cargo. Abandonar el cargo supone una conducta arbitraria y dolosa injustificada que llega a lesionar seriamente el servicio público y por lo mismo la imagen de la administración. No se trata por lo tanto de abandonos que tengan causalidades diferentes (razones de imposibilidad física de asistir, retenciones o secuestros de funcionarios, desastres naturales, etc.). El dolo del abandono del cargo marca la línea de diferenciación con los comportamientos que quedan en el ámbito disciplinario y se sustancian en dicho nivel.

Abuso de atribuciones. El abuso de atribuciones (esto es, de las facultades que el Estado —en sentido amplio— le confiere a todo funcionario público) supone: a) En primer lugar, la existencia previa y reglada de atribuciones que le dotan a dicho agente de las peculiaridades que le distinguen de otros funcionarios y de los servidores públicos. b) En segundo lugar, el funcionario deberá abusar de dichas facultades poseídas legalmente, ya sea haciendo un mal uso de las mismas, esto es, empleándolas para contravenir el orden legal establecido y dañar dolosamente a terceros, o ya sea extralimitándose en sus funciones actuando

más allá de lo permitido, solicitado o requerido por las circunstancias sin que exista racionalidad o razón suficiente en su comportamiento.

Abuso del cargo. El sujeto público abusa del cargo cuando desnaturaliza los alcances reglados y discrecionales del puesto o empleo que el Estado —o, en sentido amplio, la administración pública— le ha concedido para usos oficiales determinados, al utilizarlos para producir acciones o resultados extrafuncionales y, en este caso, con finalidades patrimoniales ilícitas que le benefician personalmente o a terceros.

Abuso del cargo (Enriquecimiento ilícito). La frase “abusando de su cargo” 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.

Abuso genérico de autoridad. Nos encontramos ante un *delito especial propio*, por lo mismo, imposible de ser cometido por particulares. Es una *figura penal subsidiaria*, vale decir, que solo será aplicable al supuesto de hecho cuando las demás figuras legales de abuso concentradas o difusas en el Código o en leyes especiales, de existir estas, no resulten adecuadas conforme a los principios de especialidad y absorción. Se trata de un delito que *no define cuál es el acto arbitrario*, por lo mismo posee naturaleza genérica o innominada, en el cual el tipo penal se abre, hallándose limitado tan solo por los otros indicadores de tipicidad objetiva.

Aceptar. Es la conformidad o complacencia verbal frente a la propuesta de donativo o ventaja, o a la promesa de donativo o ventaja.

Acto arbitrario. El acto arbitrario se define como toda decisión personal que no se halla legitimada por lo dispuesto en el orde-

namiento jurídico sino que responde a intereses subjetivos del funcionario público, y que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos. Con el acto arbitrario el sujeto público pone de manifiesto su desprecio por la legalidad, al no estar guiada su conducta funcional por la ley y los intereses públicos, sino por finalidades distintas y dolosas que causan perjuicio tanto a la administración pública y a las personas que son objeto o destinatarios de la decisión arbitraria. En el acto arbitrario se aprecia un aspecto subjetivo, que está dado por el predominio o la hegemonía de la voluntad personal caprichosa, antojadiza del funcionario, que forma la decisión administrativa; y por un aspecto objetivo, expresado en el acto material que causa la lesión o perjuicio.

Acto arbitrario (en los delitos de abuso de autoridad). El acto arbitrario se define como toda decisión personal que no se halla legitimada por lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sino que responde a intereses subjetivos del funcionario público, y que sustituye o reemplaza lo mandado o contemplado en la ley y reglamentos. Con el acto arbitrario el sujeto público pone de manifiesto su desprecio por la legalidad, al no estar guiada su conducta funcional por la ley y los intereses públicos, sino por finalidades distintas y dolosas que causan perjuicio tanto a la administración pública y a las personas que son objeto o destinatarios de la decisión arbitraria.

Adjudicaciones de bienes. Intervienen deslealmente en este ámbito los árbitros, de presentarse situaciones de disputa o alegación de igualdad de derechos ganados.

Administración. La administración es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales.

Administración pública. Por *administración pública* podemos tener las siguientes lecturas: (i) Una *lectura orgánica o subjetiva* nos

dirá que la administración pública es una *institución global*, conformada por diversos órganos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos y oficios. (ii) Una *lectura objetiva o funcional* determinará que se trata de un *conjunto de actividades* desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos que realizan así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos. (iii) Una *lectura teórica o gnoseológica* señalará que la administración pública, en tanto ciencia, toma como objeto de estudio la *planeación y dirección* a todo lo relacionado con el sector público.

Albaceas. Llamados también testamentarios o ejecutores. Son las personas encargadas de hacer cumplir o ejecutar la voluntad del testador. Las obligaciones del albacea se hallan igualmente contempladas en el Código Civil.

Antejuicio. La vía del antejuicio, que en realidad es un mecanismo de protección institucional ante probables denuncias instrumentales o preorientadas, se constituye en una causal de suspensión de la prescripción, bajo los reguladores normativos del Código Penal.

Árbitros. Se trata aquí de jueces de consenso elegidos y designados por las partes para que decidan determinadas controversias o negocios. El nombre de “árbitro” hace referencia a que las partes con voluntad y arbitrio dejan en manos de dicha persona la solución de sus problemas. Los árbitros pueden ser de derecho o de conciencia; los *primeros* se caracterizan por hacer uso del derecho aplicable para la solución del conflicto, y los *segundos* porque se valen de su sabiduría y los usos vigentes. Los árbitros pueden ser igualmente nombrados por los jueces jurisdiccionales, es decir, por los que integran el Poder Judicial.

Auxiliar jurisdiccional (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). 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. Su naturaleza jurídica laboral es la de servidores o empleados públicos.

Beneficio. El beneficio es el mecanismo corruptor que ha sido incorporado por Ley N.º 28355 (del 6 de octubre del 2004), en la redacción modificada de todas las figuras penales de cohecho reguladas en la Sección IV del Capítulo II del Título XVIII (Delitos contra la administración pública) del Código Penal, queriéndose cerrar con él el ámbito de protección del bien jurídico. Se entiende que lo que no pueda ser considerado como donativo o ventajas, por criterio de subsidiariedad, será un beneficio. El tipo penal de cohecho pasivo impropio agrega el calificativo de “indebido” al beneficio.

Beneficio patrimonial. Es toda utilidad ventaja o ganancia medibles igualmente en términos de dinero que no configuren propiamente la noción material de bien (así, promociones, descuentos, paquetes turísticos, empleos, etc.).

Bien patrimonial. Es un objeto mueble o inmueble pecuniariamente valorizable (mercancías, joyas, dinero, títulos valores, casas, predios, etc.).

Bienes pertenecientes a incapaces. Intervienen los tutores y curadores en una variada gama de comportamientos que infringen las obligaciones asumidas de una correcta administración de los bienes (disposición o enajenación de bienes, utilización indebida, remates, etc.).

Bienes pertenecientes a testamentarias. La norma penal reproduce aquí un término penal castizo que se remonta al Código penal español de 1850 y que define, según Escriche, tres conceptos fundamentales: a) la ejecución de lo dispuesto en el testamento; b) el conjunto de los documentos y papeles que convienen para el debido cumplimiento de la voluntad del testador; y c) la reunión de los albaceas y ejecutores testamentarios.

Cargo público. La noción de “*cargo público*” supone un ámbito, de atribuciones y competencias propias de las del funcionario, así como la presencia de un estatuto conferido por el Estado a los sujetos que acceden a la administración pública. El cargo público a ocupar vía el nombramiento puede estar referido a puestos de confianza, políticos o de carrera. Estas particularidades no afectan la noción de cargo público ni desnaturalizan la ocurrencia del comportamiento típico.

Caudales. Con el vocablo “caudales” se comprende a cualquier objeto, bien mueble, dinero y valores negociables que por sí solo tienen un valor económico en el mercado y que forman parte del patrimonio público en sentido funcional. Son los bienes que se pueden vender y comprar.

Cohecho. El cohecho o corrupción de funcionarios y servidores públicos puede definirse como el uso o aprovechamiento que el sujeto público hace de las atribuciones o ventajas (poder detentado) que brinda el cargo o empleo para beneficio particular, de grupo o de terceros, en un contexto de lesión a los intereses públicos, y en el cual puede como no efectuarse contraprestaciones. Una definición como la presente tiene la ventaja de no generar mayores inconvenientes, ya que es genérica, no atiende a una modalidad específica de corrupción y toma en cuenta el criterio de lesión a la administración pública, no necesariamente en sentido patrimonial.

Cohecho activo específico. La presente figura penal de corrupción activa es una modalidad agravada con relación a la establecida en el artículo 399º del Código Penal, es decir, de mayor injusto, la misma que observa rasgos de similitud con el supuesto de hecho contenido en la figura del artículo 395º, pero en modo alguno se puede señalar indiscriminadamente que constituya la versión activa del cohecho pasivo, pues hay marcadas diferencias más allá de lo pasivo o activo de los comportamientos. En efecto, si bien se focaliza el énfasis de la relevancia penal en los agentes que corrompen a los sujetos especiales (juez, árbitro, etc.), y se emplean los mismos medios corruptores, sin embargo, el elemento subjetivo es diverso en calidad e intensidad, e igualmente diferente es el componente finalístico y la penalidad. Ambas figuras guardan estrecha relación pero tienen autonomía legal al momento de ser aplicadas al supuesto de hecho delictivo (tipificación), así como al haberse establecido penas privativas de libertad distintas.

Cohecho activo específico (“Influir”). *Influir* es poseer la capacidad, 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 poder hacer que otro adecue sus actos a mis expectativas; en su grado más elevado es determinar o sustituir la voluntad de otra persona por la mía.

Cohecho antecedente. Aquí el delito estará consumado con la solicitud efectuada o con la entrega del donativo, ventaja o el ofrecimiento de donativo o ventaja, no interesando si el funcionario o servidor cumplió o no con su contraprestación. No obstante, en uno de los extremos de este caso, está abierto al debate la posibilidad de una singular modalidad de estafa y no de delito especial propio.

Cohecho mediante solicitud. En este tipo de cohecho, la consumación es instantánea al tratarse de un delito de simple actividad,

no se requerirá por lo tanto que el tercero acepte o dé su conformidad, menos que se produzca la entrega del bien o la concreción de la ventaja. Lo mismo sucede en el cohecho mediante aceptación de donativo, ventaja o promesa.

Cohecho pasivo antecedente. Aquí está implícito el favorecimiento o daño de una de las partes en un proceso judicial o administrativo o en los resultados de un dictamen; así como la infuncional conducta del sujeto activo que, estando al tanto de las intenciones, solicita, recibe o acepta, corrompiéndose y lesionando los intereses de la administración pública al vulnerar el principio de imparcialidad y objetividad de todo proceso sometido a decisión. Con base a criterios de coherencia lógica y principio de lesividad, puestos de manifiesto en la alta y gravísima penalidad (15 años en su extremo máximo e inhabilitación especial y degradante), la frase “hecho 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 395º los comportamientos con base en cohecho impropio.

Cohecho pasivo específico. El código de 1924, en su redacción original, lo contempló 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. La redacción actual del artículo 395º es el resultado de la reforma introducida por la Ley N.º 26643, de 26 de junio de 1996, y por la Ley N.º 28355, de 6 de octubre de 2004.

Cohecho pasivo específico (Árbitro). Los árbitros son designados o nombrados oficialmente. No ingresan aquí los árbitros de consenso, es decir, los designados por las partes.

Cohecho pasivo específico (Fiscal). El fiscal es el funcionario que integra y representa al Ministerio Público, 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 término *fiscal* es conglobante, es decir, comprende a todos los niveles y jerarquías (incluso los fiscales de la justicia militar policial).

Cohecho pasivo específico (Magistrado). 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, etc.). En *sentido estricto*, 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 militar policial. La norma penal utiliza aquí un concepto estricto de magistrado, razón por la cual especifica a continuación el otro orden de magistrados (en sentido amplio) a quienes considera sujetos pasibles de sanción: los fiscales y los análogos.

Cohecho pasivo específico (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 la vía judicial (o jurisdiccional). Así, por ejemplo, los tribunales administrativos del Indecopi, de la Superintendencia Nacional

de Salud, del Tribunal Fiscal, etc. Cabe señalar que la norma penal emplea el término “miembro” para denotar con ello indistintamente a los titulares, suplentes, provisionales o extraordinarios.

Cohecho pasivo específico (Perito). El perito es también aquel designado o nombrado oficialmente. Los autores de delito de cohecho pasivo propio específico no son los peritos particulares equiparados.

Cohecho pasivo impropio. Es un delito típico de las corruptelas de baja intensidad extensamente localizadas en la administración pública y cuyas redes, por lo general, perviven a cuanta campaña anticorrupción se haya realizado en el Perú. El cohecho pasivo impropio es una forma atenuada de cohecho tanto por la pena más baja que le tiene reservada la norma penal como por la intensidad del injusto material en él contenida. En efecto, la pena en las dos modalidades de cohecho pasivo impropio resulta inferior que las establecidas para el cohecho pasivo propio.

Cohecho pasivo propio. El cohecho pasivo propio es uno de los delitos especiales de mayor incidencia imputable a funcionarios y servidores públicos, el mismo que se halla vinculado estrictamente al mal uso de las facultades o atribuciones de las que gozan dichos sujetos públicos que supeditan su ejercicio funcional o de servicio a la existencia de intereses patrimoniales ilícitos. El legislador ha utilizado una técnica compleja de redacción al comprender en las dos primeras submodalidades conductas comisivas y omisivas, antecedentes y subsecuentes.

Cohecho por recepción. En este tipo de cohecho, al requerir la norma un resultado objetivamente apreciable, el delito estará consumado con la recepción del bien o la materialización de la ventaja; en el caso de aceptación de promesa, se consumará el delito con la complacencia verbal y hasta gestual del funcionario o servidor.

Cohecho subsecuente. En el cohecho subsecuente a diferencia del cohecho antecedente, el delito solo se reputará consumado cuando se haya efectivizado la entrega del donativo.

Colusión de peligro. En el *delito de colusión de peligro* (colusión ilegal simple), primera parte del artículo 384, lo que interesa destacar es que el funcionario negociador se concierta ilegal o dolosamente con la empresa, hace tratativas que se orientan a defraudar a la administración pública. En este caso, el tipo penal no requiere defraudación (afectación) patrimonial. La colusión simple tiene como verbo rector el término *concertar*. El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de peligro está dado por la frase “*concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado [en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado]*”. Se aprecia aquí cuál es el nivel del injusto sumamente lesivo a los intereses de la administración pública: la concertación dolosa e ilegal del sujeto público con los interesados.

Colusión de resultado. En el *delito de colusión de resultado* (colusión ilegal agravada), la concertación de los sujetos es descubierta después de haberse defraudado el patrimonio del Estado. El verbo rector en este tipo de colusión es el término *defraudar*, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto. El núcleo rector que define la tipicidad del delito de colusión de resultado está dado por la frase “*defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado*”. Se aprecia aquí que el elemento primordial es la defraudación patrimonial a los intereses estatales que debe tener su causalidad u origen en una concertación ilegal.

Colusión desleal. La palabra colusión desleal o ilegal ya pone de manifiesto de qué delito se trata: colusión da la noción de

pacto, de componenda, de arreglos subrepticios. El delito de colusión es un delito muy grave porque pone de manifiesto varios elementos negativos: a) El quiebre del funcionario que traiciona los intereses estatales, los intereses patrimoniales públicos. b) El carácter desleal del funcionario para con la nación. c) La falta de parcialidad para con los intereses públicos. d) El propiciar o facilitar que las empresas y/o que los interesados enfaticen y potencien sus intereses lucrativos contra la administración pública.

Complicidad primaria (en delitos de función). Se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser *colaborador necesario* o *primario cualquier funcionario*, servidor público o un particular. Rige aquí las reglas generales de la complicidad primaria.

Complicidad secundaria (en delitos de función). En el tema de la complicidad en delito funcional puede producirse complicidad secundaria cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito.

Concertación dolosa. La *concertación dolosa* resulta es el paso decisivo que deberá conducir a la lesión de los intereses estatales, de modo tal que si se produce lesión patrimonial al margen de dicha concertación ilegal el tipo penal no será colusión ilegal sino otro delito (peculado, por ejemplo, o estafa). La concertación supone acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él, tales como aceptar sobrevaloración de los suministros, aceptación de calidad inferior en las prestaciones de servicios u obras, derivar beneficios o ventajas personales de las negociaciones, pagos de obras no concluidas, etc. La concertación supone así *acuerdos ilícitos entre las partes*.

Concusión básica. La figura penal de concusión regulada en el artículo 382º expresa una variedad de abuso de poder del funcionario y servidor público, caracterizada por la finalidad patrimonial de la conducta del agente. Esta particularidad puede llevar a colegir que también se estaría colateralmente protegiendo aquí el patrimonio de los particulares (mayormente las víctimas de dicho delito) que resultan directamente agraviados. El tipo penal posee una naturaleza compleja, ya que existen dos verbos rectores que describen conducta marcadamente diferente (*obligar e inducir*). En la forma en la que el legislador ha construido la figura penal de concusión se ha logrado reunir en un solo tipo funcional elementos de extorsión, estafa, robo y cohecho, lo que explica su alto grado de complejidad.

Condicionar. El uso del verbo “condicionar” implica colocar exigencias o requisitos no contemplados en la ley o el reglamento al destinatario en la ejecución del programa. Supone una suerte de presión psicológica sobre su voluntad a efectos de conducirlo a determinados cauces de acción u omisión anticipados en el dolo del sujeto activo.

Contadores. Son estos los profesionales técnicos que tienen a su cargo los registros de contabilidad de las empresas públicas o privadas y con menores formalismos de las personas naturales que tienen negocios.

Contrato (Negociación incompatible). Con el término “contrato” la norma penal quiere aludir a toda negociación en la que intervienen dos partes (una de ellas la administración pública), pudiendo perfectamente identificarse con los procesos de selección de postores o con sus fases ejecutivas, pero también abre el espectro de aplicaciones a objetos jurídicos que se salen de la Ley de Contrataciones del Estado, como pueden ser las concesiones o los negocios internacionales sujetos a la normativa internacional, o los usos y costumbres del comercio internacional.

Contribuciones. Con la expresión *contribuciones* la norma penal hace alusión, en una primera e inicial interpretación, a un concepto normativo tributario, con el cual se comprende a una especie de tributo cuya obligación de pago nace de los beneficios obtenidos por el obligado y derivado de la realización de obras o servicios públicos. Sin embargo, esta acepción estricta del término “contribución”, no responde plausiblemente a los fines del ámbito de tutela de la norma penal, de modo que en derecho penal se emplea dicho vocablo en una acepción amplia para comprender también las tasas, impuestos, derechos.

Corrupción activa (El delito de). Esta figura penal es la que tradicional e históricamente se ha conocido con el nombre de “soborno”, donde el centro de la atención de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor sino en la de un sujeto indeterminado que trata o soborna a aquellos. La corrupción activa puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva. El Código Penal ha ubicado ambos delitos de corrupción activa en un solo tipo penal, a diferencia de las variedades de cohecho pasivo que son regulados en tipos penales distintos. La corrupción activa, ilícito penal que tiene como agente del delito a cualquier sujeto indeterminado, se halla caracterizada por la existencia de una específica relación de complementariedad entre el sujeto activo y su contraparte, el funcionario o servidor público que acepta el mecanismo corruptor y que, como consecuencia de ello, configura también la existencia del delito de cohecho pasivo. La relación de complementariedad se produce así con una de las modalidades del cohecho pasivo, sin embargo, esto no es impedimento para señalar las diferencias existentes entre la corrupción activa y el cohecho pasivo, que van desde la menor penalidad del primero en el extremo superior de la pena hasta la diferente fuente de origen del acto de corrupción activa. En efecto, posee menor

complejidad en cuanto solo admite modalidad antecedente, pero en contraparte posee fórmula compleja comisiva y omisiva en la modalidad activa impropia. El delito de corrupción activa no es un delito especial propio o impropio (delito de infracción de deber), ya que quien lo comete no es necesariamente el funcionario o servidor, sino un sujeto indeterminado, razón por lo cual se hace uso de la frase “corrupción activa” y no “cohecho activo”.

Corrupción activa transnacional. De modo similar a tipo penal genérico, el centro de la atención de la norma penal no está colocado en la conducta del funcionario o servidor público internacional sino en la de un sujeto indeterminado que trata o soborna a aquellos. Asimismo, también puede ser activa propia y activa impropia, las que a su vez pueden ser activa propia comisiva u omisiva y activa impropia comisiva u omisiva.

Corrupción blanca. Son las corruptelas de baja intensidad, que incluso llegan a ser soportables para el sistema, caracterizadas por su eventualidad, focalización individualización y falta de cohesión. Estas dos últimas son las que han constituido la tradicional fuente de clientelaje del sistema penal.

Corrupción gris. Es aquella endémica de las corruptelas que asolan la función pública sin ser sistemática.

Corrupción negra. Es aquella de las élites políticas, económicas y militares que se define por ser sistemática, institucional y de alta incidencia económica.

Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales. Estamos frente a una extensión de tipicidad del artículo 395° al secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier análogo a los anteriores. 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 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 al auxiliar de justicia y a quien desempeñe cargo similar resulta discutible. La figura penal, entonces, en su nivel de tipicidad, se refiere a asuntos de estricta competencia de secretarios, auxiliares y afines.

Corrupción pública o privada. Se hace referencia a las diversas prácticas socialmente desvaloradas de obtención de lucro o ventajas en las interacciones particulares. Los códigos penales latinos en muy raras ocasiones regulan los actos de corrupción privada, a efectos de sancionar estas prácticas, bajo el rubro “delitos de corrupción”, estando más bien repartidas en el ámbito de protección de diversos bienes jurídicos, como por ejemplo en los delitos contra la voluntad popular, contra el orden económico y en algunas modalidades de delitos patrimoniales (fraude en la administración de personas jurídicas).

Corrupción tradicional o institucionalizada. La primera hace mención a las distintas expresiones de corrupción recogidas en los códigos penales desde el siglo XIX, mientras que la segunda alude a las sofisticadas, complejas y globalizadas manifestaciones de corrupción que se genera, controla y decide desde los centros del poder político y económico, utilizándose a las instituciones del Estado y las reparticiones públicas a efectos de facilitar el contenido patrimonial ilícito de dicha delincuencia.

Curadores. Son aquellos encargados de cuidar y proteger al adulto incapaz, previamente interdictado, en su persona bienes y negocios. La ley civil peruana contempla tres clases de curatela: a) de incapaces; b) de administración de bienes; y c) para asuntos determinados. Los curadores tienen asignadas específicas fun-

ciones cuya trasgresión importa deslealtad para con los intereses del “curado”. En lo que interesa al tipo penal, la curatela de los bienes del incapaz supone que la administración de los mismos, su custodia o su conservación y los actos para el cobro de créditos o pago de deudas, no deben rebasar los límites de las atribuciones establecidas legítimamente (por los familiares o judicialmente).

Custodia. La custodia hace alusión a la conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor a los caudales o efectos.

Delito de abuso genérico de autoridad. V. *Abuso genérico de autoridad.*

Delitos de infracción de deber. Los delitos de infracción de deber son llamados así por cuanto en ellos *el sujeto activo* que comete delito *mantiene vinculación con la administración pública*, mediante *deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal “administración pública”*, frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose mundos en común (entre el funcionario-servidor y la administración y en general con las instituciones positivas) que identifica la administración pública en un conjunto de subsistemas. La violación a estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción del deber.

Delitos de infracción de deber impropios. Los delitos de infracción de deber impropios, en cambio, son aquellos en los que si bien interviene un funcionario público infringiendo deberes, sin embargo les falta la segunda característica de los especiales propios, esto es, se construyen sobre la base de la conducta de un delito común, vale decir, pasible de ser cometido por cualquier persona.

Delitos de infracción de deber propios. Los delitos de infracción de deber propios son los que en sentido estricto definen a un delito de infracción de deber delimitados por características específicas: calificación especial del sujeto activo que mantiene vinculación con el bien jurídico sobre la base de normas administrativas previas, comportamiento típico pasible de ser cometida solo por estos autores, existencia de infracción de un deber funcional, potenciado por el tipo penal como fundamento para imputar delito y responsabilidad penal.

Distribución. La referencia a la palabra "distribución" hace referencia tanto al traslado como a la entrega directa de bienes, lo cual permite entender que la acción típica puede concretarse en niveles intermediados o cercanos, es decir, realizarse en momentos previos cuando los bienes son objeto de ilícita negociación en su distribución por parte del sujeto activo o plasmarse al momento de la entrega directa.

Dolo administrativo disciplinario. El dolo administrativo disciplinario hace mención a la violación de la buena fe y al deber de servicio a la nación o a la confianza ciudadana puestos en el sujeto público, sin vinculación con el mundo de la relevancia punitiva. Constituye, en su extremo superior, el conocimiento y voluntad de estar infringiendo normas administrativas, y, en su extremo inferior, la negligencia o imprudencia en el manejo de la cosa pública. La culpa disciplinaria se presenta así como el estadio más bajo de la ilicitud administrativa, en la cual no existe voluntad de infraccionar la norma administrativa.

Dolo penal. El dolo penal es un dolo en el cual no interesan las valoraciones éticas o morales; su objeto de atención se centra y totaliza en los elementos que componen el tipo penal; la voluntad y conocimiento que lo integran están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad.

Donativo. El donativo es el medio corruptor por excelencia y el más empleado. Reúne las siguientes características: a) Materialidad. b) Traducibilidad pecuniaria. c) Transferibilidad. d) Orientación finalista. e) Idoneidad: suficiencia motivadora. La orientación finalista como característica del donativo se refiere a que debe estar dirigido a obtener contraprestaciones ilícitas por parte del funcionario o servidor público, o lícitas —en el caso del cohecho pasivo impropio— pero bajo su efecto motivador.

Efectos. Los “efectos” designan a todos los bienes que no valen por sí mismos sino por lo que representan (estampillas, sellos, consignaciones judiciales, giros postales, documentos valorados, distintivos oficiales, etc.).

Emolumento. Con la palabra *emolumento* la norma se está refiriendo a los ingresos (honorarios, indemnizaciones, sueldos, remuneraciones o cualquier otro derecho pecuniario de carácter personalizado) que perciben determinados funcionario o servidores públicos. Es discutible que integre dicho concepto las multas.

Enriquecimiento ilícito. La actual redacción del tipo penal ha centrado su atención en el ilícito incremento patrimonial y en el abuso de cargo del funcionario o servidor público en el origen de ese incremento patrimonial ilícito. El tipo penal ofrece una modalidad básica y otra agravada, tomando en cuenta esta última la calidad y jerarquía de los funcionarios públicos involucrados. Técnicamente el tipo penal de enriquecimiento ilícito es un delito de resultado, de naturaleza subsidiaria, que resultará invocable solo cuando el supuesto de hecho no haya podido ser asumible por otra figura funcional de enriquecimiento (peculado, cohecho (concusión)).

Especialista (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). Es el funcionario del Poder Judicial que se encarga de proyectar

resoluciones, entregar al secretario del juez el expediente judicial expedito para las actuaciones procesales que correspondan. También asiste al Juez en la fijación de los puntos controvertidos o en los que serán materia de pronunciamiento judicial; asimismo en el saneamiento probatorio. Cursa las comunicaciones correspondientes y notificar a las partes para que presenten los medios probatorios ofrecidos, bajo responsabilidad, entre otras funciones.

Exacción. La exacción ilegal es el clásico delito representativo de la concusión en la mayoría de códigos penales, a tal extremo que muchos de ellos no regulan propiamente la concusión en la forma como lo hace el Código Penal peruano, la misma que está considerada como una forma de abuso de autoridad con finalidad patrimonial.

Exacción (Exigir contribuciones no debidas). Implica demandar enérgicamente al supuestamente obligado el cumplimiento de obligaciones, para con la administración pública, inexistentes o excesivas.

Exacción (Exigir emolumentos). Supone demandar o solicitar imperiosamente ingresos económicos no debidos o excesivos que irán a engrosar el patrimonio del funcionario o servidor público.

Exacción (Hacer entregar contribuciones o emolumentos). Mediante esta modalidad se puede cometer el delito de exacciones ilegales representa una formula típico-descriptiva controvertible, si es que la analizamos desde el elemento normativo “contribuciones”, ya que comunica la idea de que la acción se dirige a terceras personas distintas de las supuestamente obligadas o de las obligadas a contribuir en cantidad menor a la exigida.

Exacción (Hacer pagar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos). Representa la ejecución material de la exigencia, que igualmente no ha merecido una distinción por parte del le-

gisador a los efectos de incrementar el grado de ilicitud penal a través de la sanción estatal. Hacer pagar, sin embargo, también puede significar una conducta autónoma sin relación de progresividad —vista retrospectivamente— con la exigencia.

Fuerza pública. Hay que entender, en una primera línea general, que con ella nos estamos refiriendo a la Policía Nacional, pero también en determinados casos a fuerzas públicas sectorizadas (policía municipal, penitenciaria, etc.), dada la importancia que estas han adquirido en la actualidad y que pueden ser instrumentalizadas por funcionarios infractores.

Función pública. Poseedora de una naturaleza esencialmente dinámica y objetiva, la función pública puede definirse descriptivamente como el *conjunto de macroactividades* que desarrollan los *finés del Estado* y acercan a este con la sociedad y sus necesidades. Dependiendo del ámbito donde se desarrolle, puede haber función pública *interna* y *externa*, siendo la más importante y decisiva la segunda. Puede tratarse, asimismo, de funciones *de poder* y funciones *de Estado*. Las primeras definen las clásicas funciones legislativa, ejecutiva y judicial (en las cuales se suele distribuir el poder del Estado), mientras que las funciones de Estado hacen mención al conjunto de actividades diseñadas a efectos de cumplir con los cometidos de servicio a la nación y a la sociedad (funciones educativa, diplomática, económica, municipal, etc.).

Funcionario público (Concepto administrativo). Es el más estricto y riguroso, pues si falta uno de sus componentes principales se quiebra el concepto. Estos componentes son tres: 1. *El título, válido por su origen y formalidad.* El título que le otorga condición pública al sujeto puede provenir: a) *por elección popular directa* (presidente de la República y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes regio-

nales) o *indirecta* (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Fiscal de La Nación, Presidente de la Corte Suprema, etc.); b) *por nombramiento* (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera; y c) *por disposición legal*, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas. 2. *El proceso de formalización del título*. Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, que implica la incorporación del sujeto público a la administración pública. 3. *La asunción efectiva del cargo*, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo de funcionario público. A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el Derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente de los servidores públicos y de los particulares o *extraneus*. 4. *Otros requisitos no determinantes* se añan al concepto administrativo de funcionario público, como la remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto.

Funcionario público (Concepto penal). El Derecho penal, más precisamente gran parte del Código Penal en este ámbito, parte de un concepto administrativo de funcionario público, pero a efectos de no dejar espacios de impunidad y por decisión político-criminal se ha llegado a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a *equiparar a la*

calidad de funcionario público con una serie de sujetos particulares colocados en una especial cercanía al bien jurídico administración pública y que mediante sus aportes concretos llegan a lesionarlo o lo ponen en peligro. La equiparación se da en dos direcciones. i) En primer lugar, a través de *específicos tipos penales especiales ampliatorios de tipicidad* (artículo 386° CP: peritos, árbitros y contadores particulares, tutores curadores y albaceas; artículo 392° CP: administradores y custodios de entidades de beneficencia o similares privados, administradores, depositarios de dinero o bienes embargados, toda persona o representante legal de personas jurídicas que administran o custodien dinero o bienes destinados a fines de asistencia social o a programas de apoyo social). ii) Mediante el inciso tercero del artículo 425° CP, que en una *cláusula general* considera funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. Se puede consensuar que también el segundo párrafo del artículo 388° CP (peculado de uso), posibilita ampliar la calidad de funcionario o servidor público al contratista de obra pública y sus empleados cuando usan bienes pertenecientes al Estado, en ámbitos distintos a los oficiales.

Funcionario público (Concepto penal internacional). Para los fines de la Convención Interamericana contra la Corrupción, se entiende por “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.

Funcionario público extranjero o internacional. 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 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 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.

Ilícitos administrativos. En los **ilícitos administrativos**, el dolo del agente —que supone igualmente y sobre todo conocimiento además de voluntad— es dolo de infracción de la norma administrativa sin que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales. En el ilícito administrativo-dis-

ciplinario se violan normas administrativas vinculadas a deberes administrativos de base ética y funcional.

Inducir. Supone persuadir o convencer a la víctima a fin de que dé u ofrezca el bien o beneficio patrimonial. En el caso de la inducción se trata de un proceso psicológico formador de la voluntad de entregar o prometer que el agente del delito realiza en la mente y las decisiones del afectado; para tales efectos, los medios de los que se puede valer el agente serán de una gama diversa (engaños, estratagemas, apariencias de realidad, en relación al objeto material del delito).

Informes de control. Los informes de control que centralizadamente emite la Contraloría General de la República y los que producen las diversas entidades públicas tienen un gran valor para brindar información acerca de la comisión de irregularidades administrativas y de contenido penal cometidas por funcionarios y servidores públicos. De su contenido valorativo sobre los hallazgos obtenidos y la información precisa que se brinde al fiscal en lo penal de las infracciones a las normas que supongan quiebre doloso de deberes, por parte de dichos sujetos públicos, dependerá mucho el éxito de la causa en el terreno del juicio penal.

Infracción de deber. V. *Delitos de infracción de deber*.

Interceder (Tráfico de influencias). “Interceder” es pedir, bajo condiciones de ventaja o posibilidad de lograr la pretensión, a nombre de la persona interesada frente al funcionario o servidor público que ha de conocer, está conociendo o haya conocido el caso judicial o administrativo. La intercesión ofrecida puede circunscribirse a una causa justa o ilícita, que favorezca al interesado o no le perjudique, o de ser el caso que perjudique a terceros. Solo en el supuesto que la intercesión se produzca, fase de agotamiento del delito, se verá afectada la administración pública.

Invocar influencias (Tráfico de influencias). Es el acto de atribuirse o arrogarse el sujeto activo —frente a terceros— facultades de poder determinar o motivar comportamientos del funcionario (o los funcionarios) consignado en la norma, con la finalidad de obtener donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio de parte de dichos terceros. Se trata de una conducta activa directa o indirecta dirigida a las personas interesadas en algún caso judicial o administrativo con el ofrecimiento de interceder por ellos ante la justicia jurisdiccional o administrativa, a cambio y, previamente, a la entrega de beneficios o ventajas.

Malversación de fondos. El delito de malversación, o distracción de fondos como también se lo conoce en otras legislaciones penales, no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un ilícito, de evidente factura administrativa, de mal uso de los dineros y bienes del Estado o de las diversas reparticiones públicas, al asignárselos a destinos no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria.

Malversación de fondos (Aplicar en forma diferente). Aplicar en forma diferente admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de, la administración pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones.

Malversación de fondos (Definitividad). La definitividad de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante hay que tomar en cuenta los periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen que sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se halla redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva diferente, es decir, no está en la naturaleza del bien ser menos o más fungibles a efectos de tipicidad, sino que este extremo del comportamiento típico se halla íntimamente vinculado a la disposición causal que el agente realice de dicha circunstancia; es en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente. El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de juego técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también a imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado. Será definitiva la malversación cuando la misma es irretornable contablemente a la partida de origen, en un contexto de conducta innecesaria y dolosa. El tiempo y la modalidad de retorno —a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad— corresponde con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema.

Obligar. “Obligar” quiere decir ejercitar violencia, amenaza o presión sobre una persona, de modo tal que altere el proceso formativo de su voluntad y le determine a una acción u omisión diversa de aquella que (sin la coacción) habría realizado, y que en este caso afecta su patrimonio.

Ofrecimiento de interceder (Tráfico de influencias). “Con el ofrecimiento de interceder” ante funcionario o servidor es el componente del tipo penal que orienta el mensaje enviado por el traficante cuando invocó influencias y que corresponde a las expectativas de la persona interesada que da el donativo o la ventaja.

Operación (Negociación incompatible). En cambio, por “operación” se entiende toda actividad del Estado de contenido, por lo general patrimonial, en la que actúa y decide unilateralmente (confiscaciones, liquidación de empresas públicas, etc.).

Patrimonio público. El *patrimonio público* (término inclusivo para comprender los caudales y efectos) no es solamente el tesoro del Estado ni el dinero de los ministerios. El concepto “patrimonio público” comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración Pública. Más aún, por patrimonio público se entiende también a aquellos bienes particulares (privados) que se encuentran temporalmente bajo administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre esos bienes.

Patrimonio público (Concepto funcional). Con este concepto se abarca todos los bienes que se hallen bajo propiedad o administración del sector público, con el que se comprende también a los bienes de particulares que en el momento de la comisión del delito se encuentren bajo posesión o administración del sector

público, sin que se requiera siquiera analizar en este punto la posibilidad de que efectivamente pasen a propiedad del Estado, por cuanto el sujeto público, una vez que dichos bienes de origen particular han ingresado legítimamente a su esfera de administración, se halla en *posesión oficial de garante* con respecto a ellos y por lo mismo, si se los apropia, cometerá peculado y no un delito patrimonial común.

Patrocinar. El verbo *patrocinar* significa defender, representar, hablar a nombre de los particulares ante la administración pública. No es propio de dicho comportamiento el realizar favores o gentilezas. El delito de patrocinio ilegal es una figura que tiene como base una incompatibilidad administrativa, pues ningún funcionario puede hablar a nombre de particulares, asumir como suyos sus intereses, por naturaleza ajenos a los de la administración pública, salvo en el caso de la defensa de un familiar, en donde está autorizado a defenderlo, en los casos previstos en la ley, ante dicha administración. Más allá de ello le está vedado —es una incompatibilidad— patrocinar intereses en la administración pública. El conocimiento de dicha incompatibilidad y la voluntad de llevarla a cabo, contrariando sus deberes funcionales, define el dolo del delito.

Patrocinio ilegal. El tipo penal de patrocinio ilegal penaliza comportamientos que dolosamente el funcionario los orienta a procurar *favorecimientos indebidos* que optimizan indebidamente la situación del particular y que quiebran la objetividad de trato que se debe a los usuarios del sistema de la administración pública. Es decir, aprovechándose de su estatus de funcionario público, *el sujeto público introduce intereses privados*, fuera de los marcos que la ley o el reglamento posibilitan. El delito de patrocinio ilegal es así una figura de *prevalimiento o de aprovechamiento de los poderes o las ventajas* que permite el cargo de funcionario o la posición oficial que asume el servidor público.

Peculado (Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad). En el caso del delito de rehusamiento, el tipo penal regula la conducta del funcionario o servidor público que, pese a ser requerido con las formalidades de ley por la autoridad competente, se niega a entregar dinero, cosas o efectos depositados o puestos en su custodia o administración. El rehusamiento, a diferencia del retardo, es un comportamiento donde el agente coloca un plus mayor de desobediencia a los mandatos jurídicos recaídos en los deberes del cargo que le obligan a cumplir. Al igual que en el retardo del artículo 290º, el tipo penal no exige que el funcionario o servidor público obtenga algún provecho patrimonial. Asimismo, si la imposibilidad de cumplimiento derivara de un comportamiento de apropiación de los bienes, estaríamos propiamente ante un delito de peculado. A diferencia de lo que sucede con la figura penal de retardo, el tipo penal de rehusamiento requiere de la existencia de requerimiento que intima al sujeto infractor a la entrega del bien, requisito colocado por la existencia previa de relaciones de posesión con los bienes mediante formas jurídicas de depósito, custodia o administración con las que ha entrado el sujeto público en vinculación jurídica con el dinero, cosas o efectos.

Peculado culposo. En el delito de peculado culposo se protege un bien jurídico general y un bien jurídico específico. En este tipo el funcionario público permite con sus imprudencias que terceras personas se lleven los bienes. Lo que está en juego aquí no la honradez o la probidad del funcionario sino una correcta administración del patrimonio público y preservar la intangibilidad de ese patrimonio.

Peculado específico de uso. Contemplado en el artículo 388º del Código Penal, el peculado específico de uso ha sido construido privilegiando un sector importante y sensible del patrimonio público objeto material del delito. La norma penal ha enfatiza-

do determinados bienes a efectos de comprenderlos en esta expresión de peculado atenuado: vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallen bajo su guarda. Si ya de por sí los términos *vehículos* y *máquinas* permiten abarcar una inmensa gama de especies, con la frase “cualquier instrumento de trabajo” ingresamos a una tesitura de objetos materiales de delito considerable. En efecto, “instrumentos de trabajo” posee un significado muy amplio, que puede llegar a atentar contra la racionalidad de la aplicación penal de dicho dispositivo, y que merecerá por parte del operador jurídico una interpretación restrictiva conforme a principios de lesividad y *ultima ratio*. Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados.

Peculado específico de uso (Fines personales). Los *fines personales* cubren todo un espectro de usos que le son inherentes a la vida privada del sujeto público, abarcando tanto a su entorno familiar como suyo propio. No se trata de equiparar vehículo para fines personales con vehículo de uso oficial o vehículo para fines del servicio, pues los destinos son diferentes.

Peculado específico de uso (Servicio personal por razón del cargo). El servicio personal por razón del cargo le quita tipicidad al comportamiento descrito en el tipo penal, cuando se trata de vehículos motorizados, no así de las máquinas e instrumentos. Tal excepción obedece al sentido común que la naturaleza del cargo y las necesidades funcionales y del servicio imponen. Incluso por vía de interpretación extensiva cubre también a los que en relación de dependencia administrativa y funcional se

hallen subordinados a dichos sujetos y hagan uso de dichos bienes.

Peculado por apropiación. En el peculado por apropiación el sujeto público hace suyo, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado suponen la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público.

Peculado por demora injustificada de pagos. Esta figura penal castiga al funcionario o servidor público que, teniendo fondos expedidos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, apreciándose así los tres elementos del comportamiento típico de demora: (i) la existencia de fondos listos para el pago (presupuesto típico, y punto de partida de la imputación penal), (ii) retardo injustificado imputable al sujeto público (específica omisión ilegal del agente) y (iii) que el pago sea ordinario, esto es, la regular y acostumbrada o periódicamente establecida remuneración, sueldo o pago en general; o que en su defecto haya sido ordenado por la autoridad competente, cuando la obligatoriedad del pago haya sido objeto de decisión administrativa o judicial (naturaleza vinculante del pago). La demora injustificada del pago es lo que le da perfil propio a esta modalidad de peculado, y por ello se entiende la omisión caprichosa en la que incurre el autor del delito, al no asistirle razón técnica ni humana para explicar su conducta de retardo. No se trata de que el agente no efectúe el pago sino que lo difiera, lo posponga o alargue sin causa que justifique tal actitud (por ejemplo, la no suficiente provisión de fondos, la orden de pago imprecisa decretada por la autoridad competente, etc.). El autor en este delito no puede ser, como resulta obvio, cualquier funcionario, sino solo aquel vinculado con la obligación

de pago, pudiendo tratarse de un solo autor o de varios sujetos públicos de quienes depende la decisión de pago.

Peculado por utilización. En el peculado por utilización el agente no está movido por el *animus rem sibi habendi* [ánimo de hacerse propietario de un bien] sino por una voluntad que busca tan solo aprovecharse de las ventajas que puede brindar el bien sin tener la finalidad de apoderamiento definitivo o ingreso del bien a su esfera de dominio patrimonial o de tercero. Utilizar el caudal o efecto supone un apoderamiento temporal sin fines de apropiación, que deberá cesar e importar la restitución del bien al dominio público.

Percepción. La percepción se define como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de distinta fuente (de otras dependencias públicas, de particulares, de empresas privadas, de colectivos sociales, de fuentes extranjeras, etc.) pero de procedencia lícita.

Peritos. Perito es la persona que siendo competente en determinada materia de conocimiento (por su profesión técnica u oficio) es convocada para emitir dictamen acerca de algún tema o punto necesitado de esclarecimiento o dilucidación. Puede ser designado por las partes o por la autoridad competente. Es muy vasto el espectro de materias sobre las que pueden pronunciarse los peritos, debiéndose desempeñar con diligencia, probidad y conocimiento.

Perjuicio (en el delito de abuso genérico de autoridad). El perjuicio en el abuso de autoridad genérico tiene dos lecturas ambas pertinentes: una formal y otra material. a) El perjuicio, *en sentido formal*, que sufre la administración pública es de afectación a su regularidad y buena marcha, generada por el comportamiento abusivo del funcionario. El sistema de normas jurídicas que obliga a los funcionarios a fomentar el bien jurídico protegido —mantenerse en los cánones de legalidad— sufre el impacto

de la infracción. No se trata así de una afectación material, a diferencia de lo que puede acontecer con el perjuicio al destinatario material de la acción ilícita, por lo general, un particular o colectivo social. b) *En sentido material*, el perjuicio está representado por la lesión o menoscabo en sus derechos que sufre la persona involucrada negativamente con la acción del agente. El perjuicio puede ser de naturaleza múltiple, la norma en este punto no establece restricciones, pudiendo adquirir características económicas, administrativas, de tiempo, aflictiva, moral, de imagen, etc. El perjudicado puede ser un particular, una persona jurídica, un colectivo social, incluso otra entidad pública. La norma penal al haber hecho uso del pronombre indefinido “alguien” está dejando abierta la interpretación para llenar de contenido el término.

Policía. Por policía se entiende, en sentido restrictivo, al integrante de la Policía Nacional del Perú, no pudiendo extenderse el concepto para abarcar al policía municipal o policías particulares. El sujeto activo está tomado, en la norma, en una dimensión indeterminada, para referirse al policía obligado a auxiliar, no a un efectivo en particular, tampoco a la institución policial.

Prescripción extraordinaria. Cuando ya está iniciado el proceso penal, la acción prescribe en un término que se establece tomando la pena máxima para el delito incrementado en un 50% (artículo 83º, último párrafo). Igual sistema es aplicable a la prescripción de la pena, contada a partir del día en que la sentencia condenatoria quedó firme, es decir, consentida y/o ejecutoriada.

Prescripción ordinaria. Es aquella que prescribe el derecho del Estado a la pena máxima conminada para el delito.

Principio de lesividad. El principio de lesividad de los comportamientos delictivos implica que todos los comportamientos que están recogidos, a título de delitos, en el Código Penal tienen que vulnerar intereses protegidos por el derecho penal o en su defecto deben ponerlos en peligro.

Promesa. La promesa se define como todo ofrecimiento de entrega futura de donativo o de realización de ventajas que incrementarán el patrimonio o favorecerán al funcionario o servidor público. Son características de la promesa su seriedad (determinadas y concretas) y posibilidad de concreción. La promesa dirigida al funcionario o servidor público puede ser formulada directamente o por intermedio de terceras personas. El contenido de la promesa debe estar circunscrito a los donativos (bienes muebles, inmuebles, dinero) o ventajas. El momento de la propuesta de la promesa deberá producirse cuando el funcionario o servidor tiene tal condición, siendo indiferente que se efectivice cuando esté —el sujeto público— en ejercicio efectivo de funciones o se halla gozando de licencia, permiso o vacaciones. Su materialización puede lograrse en un futuro cercano o mediato, incluso cuando el agente público ha perdido ya su condición funcional. Debe existir vinculación de conocimiento en la promesa hecha al funcionario o servidor público, por lo mismo no se requiere que la promesa se concrete a efectos de determinar su grado de relevancia para la tipificación de la conducta.

Recibe, hace dar o prometer (Tráfico de influencias). “Recibe, hace dar o prometer” donativo, promesa o cualquier ventaja, representa el dato material objetivo que hace de esta figura delictiva una modalidad de corrupción, por cuanto de faltar estos mecanismos el supuesto sería atípico para el delito de tráfico de influencias. La entrega o la promesa cierra el pacto ilícito entre el interesado que compra influencia y el traficante que vende prestigio. A partir de ese momento, el delito se habrá consumado.

Recibir. Es la recepción física del donativo o concreción de la ventaja. En ambos casos se tratará de un cohecho de convergencia entre sujetos o agentes de delito que serán calificados normativamente con base a tipos penales distintos: por *cohecho pasivo* median-

te aceptación o recepción, el funcionario o servidor público; y *cohecho activo* el sujeto indeterminado que ofrece o entrega. Estamos así ante la primera gran modalidad de cohecho pasivo propio en la que la acción imputable al sujeto público (resultado de complacencia y resultado de recepción de donativo o concreción de ventaja) es la respuesta a una acción previa de competencia de terceras personas.

Relator (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). El relator es el funcionario del Poder Judicial, encargado de realizar la relación de los expedientes judiciales ante los tribunales. La relación consiste en dar a conocer el contenido de los expedientes judiciales a los jueces que forman parte de dichos tribunales, atendiendo su carácter colegiado.

Responsabilidad administrativa. Se incurre en esta cuando el funcionario o servidor quebranta con su comportamiento alguno de los supuestos del catálogo de infracciones administrativas. A nivel nacional existe un régimen general de infracciones a la administración pública (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Ley del Servicio Civil), pero también existen regímenes específicos, regímenes particulares de vulneración a los intereses a la administración pública en particular, ya sea del Poder Judicial, del Ministerio Público, del profesorado, de las municipalidades, etc.

Responsabilidad penal. La responsabilidad penal, en sentido amplio, esto es, no centrada solo en el alto funcionariado, cubre toda la amplia gama de ilícitos penales en los que pueden incurrir los sujetos públicos (funcionarios, servidores) por acción u omisión punible, y que pueden ser directamente denunciados ante la fiscalía o el juez (sistema inquisitivo) sin tener que pasar por sistemas de protección-dilucidación previa (antejuicio). No obstante, los jueces y fiscales, cuando en ejercicio de funciones cometen delitos funcionales, tienen una propia y previa vía de investiga-

ción preliminar de formación de causa a (cargo del órgano de control del Ministerio Público) y de decisión (por lo general, el Fiscal de la Nación) de la promoción de la investigación penal o la denuncia penal.

Responsabilidad política. La responsabilidad política alcanza a los funcionarios de alto nivel que, por lo general, están señalados en el artículo 99º de la Constitución Política: presidente de la República, congresistas, ministros, vocales supremos, vocales superiores, miembros del Tribunal Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República. La responsabilidad política que cubre todo el ejercicio funcional del sujeto público, incluso hasta por cinco años de haber cesado en el cargo, es una responsabilidad que alcanza a los altos funcionarios que conducen instituciones y que se articula no por la comisión de delitos sino por la vulneración a las normas constitucionales (infracción constitucional). Esta responsabilidad política se sustancia, por lo general, en la vía del juicio político que se sucede al interior del Congreso y supone la imposición de medidas político-administrativas: suspensión, inhabilitaciones y destitución.

Secretario judicial (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales). Se trata de aquel funcionario público incluido en la carrera auxiliar jurisdiccional (secretarios de juzgados de paz letrados, juzgados especializados, de Corte Superior y Suprema) que localizados en diversas áreas funcionales (mesa de partes, de actas, 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.). En la práctica jurídica, quien conduce los pro-

cesos y orienta el criterio judicial resulta en no pocos casos el secretario. De ahí también que sea una de las razones para su expresa inclusión en el tipo complementario en estudio.

Soborno. El término soborno alude a una acción también concreta de contenido ilícito imputada a terceros, consistente en quebrar la resistencia del sujeto público o de un particular equiparado, mediante el uso de medios corruptores con el objeto de obtener prestaciones de contenido antijurídico, indebido o tendencioso. 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.)

Soborno internacional pasivo. Este tipo de soborno podemos entenderlo como las diversas prácticas de entregas u ofrecimientos de dádivas, objetos de valor económico, favores u otro beneficio de índole diversa a los funcionarios y empleados públicos para asegurar operaciones económicas y movimiento de capitales de gran envergadura. Las características de este soborno se diferencian del 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. Este delito se configura cuando el agente acepte (funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público), reciba o solicite, directa o indirectamente, donativo promesa o cualquier otra ventaja o

beneficio, para realizar u omitir un acto en el ejercicio de sus funciones oficiales, en violación de sus obligaciones, o las acepta como consecuencia de haber faltado a ellas, para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida, en la realización de actividades económicas internacionales.

Solicitar. Por *solicitar* se entiende el pedido hecho a un tercero, por parte del funcionario o servidor, a fin de que este le conceda, en tiempo actual o en el futuro, donativos o ventajas, a cambio de una contraprestación funcional (la venta de actos inherentes a la cosa pública) que le sea favorable o menos perjudicial. *Solicitar* es un verbo rector que configura así la segunda gran modalidad de cohecho pasivo: el cohecho pasivo propio mediante solicitud. Es una modalidad delictiva en la cual el centro del injusto penal está radicado en la conducta del sujeto público que requiere determinadas prestaciones patrimoniales del sujeto indeterminado. Se trata así de un ilícito penal de simple actividad que no necesita que se efective el mecanismo corruptor para consumar el delito, es decir, que no es dependiente de que el tercero a quien se dirige el requerimiento convenga o no en entregar o prometer. Esta peculiaridad de nuestra fórmula legal permite sostener que *no siempre el cohecho pasivo es un delito de concurrencia obligada*, sino que puede perfeccionarse con la sola manifestación de voluntad del sujeto activo.

Tasaciones de bienes. Intervienen aquí los peritos, faltando a la verdad, alterando justiprecios o dando estimaciones patrimoniales incorrectas.

Tráfico de influencias. Se trata de un tipo penal que no goza de consenso en todas las legislaciones penales. Se le ha criticado querer penalizar una práctica humana tan extendida y a la vez tan difícil de delimitar punitivamente. En efecto, sobre la influencia, forma atenuada de poder, se ha señalado que no tiene fronteras

definidas ni contenidos cuantitativos ni cualitativos delimitados, como para correr el riesgo de criminalizarla. El modelo peruano, no obstante sus imperfecciones técnicas, ha tenido el acierto de restringir el ámbito de injerencia penal en esta materia a las influencias reales o probabilísticas en el sector de la justicia jurisdiccional y en la justicia administrativa, sin cubrir otros ámbitos de actuación funcional, diferenciándose en este punto de otras legislaciones penales que amplían tipicidad hacia otros contextos de actuación funcional (por ejemplo, el Código Penal español). Sobre el tipo penal reformado de tráfico de influencias y regulado en el artículo 400º del Código Penal se puede decir que es un delito de enriquecimiento, poseedor de naturaleza de peligro y de simple actividad, y que enfatiza el núcleo del injusto en la invocación de influencias dirigidas al interesado. Asimismo, este tipo admite una circunstancia agravada cuando el sujeto activo es funcionario o servidor público. Sus imperfecciones residen en no haber regulado el papel que cumple el funcionario que es influido y tampoco haber destacado el mayor injusto en caso se produzca la influencia sobre el magistrado, además de seguir contemplando la influencia simulada digna de ser tratada como un delito contra la administración pública.

Tutores. Personas que ejercen tutela (Código Civil, artículos 502 al 563), es decir, el cuidado de la persona y de los bienes del menor de edad (incapacidad por minoría de edad) que no esté bajo el régimen de la patria potestad (cuidado que ejercen los padres). El Código Civil regula el ejercicio de la tutoría que puede ser testamentaria, legítima o dativa. Las prohibiciones establecidas al tutor son, entre otras, las siguientes: a) comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor; b) adquirir cualquier derecho o acción en su contra; c) disponer los bienes del menor a título gratuito; y d) arrendar por más de tres años los bienes del menor. Existe el deber de que el tutor se comporte con diligencia y cautelando los intereses del tutelado.

Ventaja. La ventaja comprende a todo mecanismo corruptor que no pueda ser considerado donativo, vale decir, que no reúna las características objetivas que definen tal medio corruptor (empleos, promociones laborales, servicios, descuentos inusuales, ascensos, información privilegiada, accesos a áreas reservadas de trabajo, etc.). Posee una nota de subsidiaridad frente al donativo. El código utiliza las frases “cualquier otra ventaja” o “ventajas de cualquier clase”, con las que connota la misma idea de apertura del contenido de la misma, no circunscribiéndola necesariamente a beneficios patrimoniales. La ventaja supone privilegio indebido, no merecido, por parte del sujeto público, que mueve su voluntad y lo determina o puede determinar en una dirección determinada a través de sus decisiones o resoluciones.

Ventaja política. Por “ventaja política” puede entenderse toda posición de predominio o privilegio conseguido, de acuerdo a las exigencias del tipo penal, con el condicionamiento practicado, tanto a nivel de simpatías políticas, aquiescencias ante decisiones adoptadas o por adoptar, incondicionalismos, etc., apuntando algún proyecto o interés personal del funcionario o servidor o de terceros, vinculado o conexo con actividades políticas.

Ventajas electorales. Las “ventajas electorales” están directamente vinculadas con la participación en elecciones directas o por representación a todo nivel en el ámbito de la administración pública. Solo las ventajas políticas o electorales o ambas juntas son las requeribles por el tipo para perfeccionar la figura penal, lo cual excluye por atípicas a las que no posean estas calidades.

Viáticos. Podemos definir a los viáticos como un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública —esto es, las diferentes reparticiones públicas—, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos de movilidad se producen en calidad

de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas. Los viáticos tienen las siguientes características: a) Posee un contenido patrimonial (en dinero). b) Tiene una cualidad eventual. No puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos. c) Tiene que tener un revestimiento de legalidad. Tiene que estar previsto en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal. d) Posee un carácter fungible. El viático no se da para custodiarlo o para invertirlo. El viático, como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, se entrega para gastarlo. El concepto administrativo de viático habla de movilidad, alimentación y hospedaje, y traslados internos, cuando sean necesarios. e) Su comunicabilidad. El funcionario tiene el deber de informar, rendir cuenta y dar detalles sobre la forma que ha utilizado los viáticos.

ÍNDICE ANALÍTICO

- Abandono del cargo, 156, 415.
- Abuso de atribuciones, 130, 415.
- Abuso de autoridad, 379 y ss. V. también *Delitos de abuso de autoridad*.
- Abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios, 138 y ss., 145.
- Abuso del cargo, 416.
- Abuso genérico de autoridad, 125 y ss., 416, 431.
- Aceptar, 416.
- Acto arbitrario, 416, 417.
- Adjudicaciones de bienes, 417.
- Administración, 417.
- Administración pública, 85 y ss., 382, 417.
- Albaceas, 220, 418.
- Antejuicio, 418.
- Árbitros, 220, 418.
- Autoría y participación (en los delitos de función), 98.
- Auxiliar jurisdiccional, 323, 419.

- Beneficio, 294, 419.
- Beneficio patrimonial, 419.
- Bien (es), 419, 420.

Cargo público, 156, 159, 169, 420.
Caudales, 245, 382, 420.
Cohecho, 289, 291, 294, 383, 420.
Cohecho activo específico, 421.
Cohecho antecedente, 421.
Cohecho mediante solicitud, 421.
Cohecho pasivo antecedente, 422.
Cohecho pasivo específico, 422 y ss.
Cohecho pasivo impropio, 424.
Cohecho pasivo propio, 384 y ss, 424.
Cohecho por recepción, 424.
Cohecho subsecuente, 425.
Colusión, 387 y ss.
Colusión de peligro, 195, 197, 200, 205, 206, 208, 425.
Colusión de resultado, 195, 209, 211, 213, 215, 389, 425.
Colusión desleal, 390 y ss., 425.
Colusión simple y agravada, 187 y ss., 215.
Complicidad primaria, 109, 426.
Complicidad secundaria, 109, 426.
Comportamiento doloso a título delictivo, 59.
Concertación dolosa, 426.
Concertación ilegal, 200, 211.
Concurrencia de responsabilidades, 51.
Concusión, 391 y ss., 427. V. también *Delitos de concusión*.
Condicionar, 427.
Contadores, 220, 427.
Contraloría General de la República, 43.
Contratación estatal (y colusión), 191.
Contrato (Interés indebido), 427.
Contribuciones, 428.
Control administrativo, 36.
Control disciplinario, 36.
Control penal, 36.
Corrupción activa, 428.

- Corrupción activa transnacional, 429.
 - Corrupción blanca, 429.
 - Corrupción de funcionarios, 283 y ss.
 - Corrupción gris, 429.
 - Corrupción negra, 429.
 - Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, 429.
 - Corrupción pública o privada, 430.
 - Corrupción tradicional o institucionalizada, 430.
 - Curadores, 220, 430.
 - Custodia, 431.
-
- Delitos contra la administración pública (Clasificación), 111.
 - Delitos de abuso de autoridad, 119 y ss.
 - Delitos de cohecho activo específico, 333 y ss.
 - Delitos de cohecho activo transnacional, 331.
 - Delitos de cohecho pasivo específico, 315 y ss.
 - Delitos de cohecho pasivo impropio, 310 y ss.
 - Delitos de cohecho pasivo propio, 297 y ss.
 - Delitos de concusión, 165 y ss., 216, 220.
 - Delitos de corrupción activa, 326 y ss.
 - Delitos de corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, 321 y ss.
 - Delitos de enriquecimiento ilícito, 356 y ss.
 - Delitos de exacción ilegal, 177 y ss.
 - Delitos de función (Reglas generales para los), 100.
 - Delitos de infracción de deber, 71 y ss., 431.
 - Delitos de malversación de fondos, 263 y ss.
 - Delitos de patrocinio ilegal, 216, 225.
 - Delitos de peculado, 233 y ss.
 - Delitos de peculado doloso propio simple y agravado, 240 y ss.
 - Delitos de peculado y malversación impropios, 270 y ss.
 - Delitos de tráfico de influencias, 366 y ss.
 - Denegación o deficiente apoyo policial, 153.
 - Derecho disciplinario, 38.
 - Destinatario para sí, 393.

- Distribución, 432.
- Dolo administrativo disciplinario, 432.
- Dolo penal, 40, 432.
- Donativo, 291, 433.

- Efectos, 245, 382, 394, 433.
- Emolumento, 433.
- Enriquecimiento ilícito, 394, 433.
- Especialista (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 323, 433.
- Exacción, 395 y ss., 434.
- Exacción ilegal. V. *Delito de exacción ilegal*.
- Extensión normativa de los delitos de colusión y patrocinio ilegal a
peritos, árbitros, contadores y a tutores, curadores y albaceas, 221
y ss.
- Extraneus*, 34, 35.

- Fiscal, 317.
- Formas especiales de corrupción de funcionarios, 347 y ss.
- Fuerza pública (Requerimiento ilegal de la), 155, 435.
- Función pública, 89, 91, 93, 435.
- Funcionario público, 90, 91, 93, 129, 435, 436, 437.
- Funcionario público internacional, 96, 438.

- Ilícitos administrativos, 438.
- Inducir, 439.
- Informes de control, 43, 398, 439.
- Infracción de deber, 398, 439.
- Infracciones de relevancia administrativa, 59.
- Interceder (Tráfico de influencias), 439.
- Interés indebido en negociaciones públicas, 349 y ss., 401 y ss.
- Invocar influencias (Tráfico de influencias), 440.

- Magistrado, 316.
Malversación de fondos, 440 y s. V. también *Delito de malversación de fondos*.
Malversación impropios, 270.
Miembro del tribunal administrativo, 317.
- Ne bis in idem*, 399.
Negociación incompatible. V. *Interés indebido en negociaciones públicas*.
Nombramiento y aceptación ilegal de cargo público, 159.
- Obligar, 442.
Ofrecimiento de interceder (Tráfico de influencias), 442.
Operación (Interés indebido en negociaciones públicas), 442.
Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles, 146 y ss.
- Patrimonio público, 442.
Patrocinar, 443.
Patrocinio ilegal, 216, 225, 402, 403, 443.
Peculado, 272, 403 y ss., 444. V. también *Delitos de peculado*.
Peculado agravado, 260.
Peculado culposo, 256, 407, 408, 409, 444.
Peculado específico de uso, 272, 444, 445.
Peculado por apropiación, 410, 446.
Peculado por demora injustificada de pagos, 275, 446.
Peculado por utilización, 447.
Percepción, 447.
Peritos, 220, 317, 447.
Perjuicio (en el delito de abuso genérico de autoridad), 447.
Policía (Denegación o deficiente apoyo), 153, 448.
Política penal peruana, 22.
Prescripción, 61, 410.

Prescripción extraordinaria, 448.
Prescripción ordinaria, 448.
Principio de legalidad penal, 30.
Principio de lesividad, 33, 448.
Proceso penal acusatorio (y delitos funcionales), 47.
Promesa, 292, 449.

Recibe, hace dar o prometer (Tráfico de influencias), 449.
Recibir, 449.
Rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, 275.
Relator (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 323, 450.
Requerimiento ilegal de la fuerza pública, 155.
Responsabilidad administrativa, 48, 51, 450.
Responsabilidad penal, 48, 49, 450.
Responsabilidad política, 48, 451.

Secretario judicial (Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales),
322, 451.
Servidor público, 90.
Soborno, 452.
Soborno internacional pasivo, 307, 452.
Solicitar, 453.

Tasaciones de bienes, 453.
Tráfico de influencias, 411, 412, 453.
Tutores, 220, 454.

Ventaja política, 293, 455.
Ventajas electorales, 455.
Viáticos, 252, 455

Esta obra se terminó
de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de enero del 2016.